

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

CONFLITS DE LOIS
RELATIFS AUX
SUCCESSIONS AB INTESTAT
EN TUNISIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 30 Novembre 1935, à 13 h. 30.

PAR

ROGER SLAMA

Président : M. HENRI LÉVY-ULMANN, professeur.

*Suffragants : MM. SOLUS, professeur.
ESMEIN, professeur.*

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

160, RUE SAINT-JACQUES

1935

CONFLITS DE LOIS
RELATIFS AUX
SUCCESSIONS AB INTESTAT
EN TUNISIE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

CONFLITS DE LOIS
RELATIFS AUX
SUCCESSIONS AB INTESTAT
EN TUNISIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 30 Novembre 1935, à 13 h. 30.

PAR

ROGER SLAMA

Président : M. HENRI LÉVY-ULMANN, professeur.

*Suffragants : MM. SOLUS, professeur.
ESMEIN, professeur.*

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

160, RUE SAINT-JACQUES

1935

* 30550



CONFLITS DE LOIS

RELATIFS AUX SUCCESSIONS EN TUNISIE

INTRODUCTION

La Tunisie constitue pour le spécialiste du Droit international privé un champ d'observations incomparable; les conflits de lois et les conflits de juridictions y foisonnent.

Au point de vue des juridictions il en existe en Tunisie de toutes sortes : tribunaux français, tribunaux tunisiens, tribunaux religieux.

La diversité n'est pas moins grande au point de vue des législations : lois nationales des individus habitant la Tunisie qui appartiennent à des races et des pays fort différents, lois religieuses, lois territoriales, lois françaises.

On peut dire que le moindre litige soulève souvent en Tunisie la double question classique, forum et jus, quel est le Tribunal compétent et quelle loi doit-il appliquer?...

Et la solution de ces conflits est loin d'être aisée par suite de nombreux éléments de complication : carence complète de la loi territoriale dans certains domaines, existence de tribunaux français sur un sol tunisien, existence de communautés religieuses pourvues de leurs coutumes et de leurs tribunaux.

On verra dans les développements qui suivront la couleur très particulière donnée par ces divers éléments aux grands

problèmes du Droit international privé : ceux de l'ordre public international du renvoi et des qualifications.

Et cependant, malgré cette richesse, malgré cette originalité et cette complexité, et quoique ces problèmes se posent depuis plus de cinquante ans, il n'y a que fort peu d'ouvrages traitant du Droit international privé en Tunisie d'une manière systématique; ils présenteraient pourtant un intérêt pratique considérable.

En effet il n'y a pas en Tunisie de Code de droit international privé; nous manquons même d'une disposition comme celle de l'article 3 du Code civil français qui, malgré son laconisme, contient implicitement ou explicitement quelques-unes des principales solutions des conflits de lois; l'effort de la doctrine eût été nécessaire pour fixer, à l'aide des rares textes épars et des principes généraux résultant de l'étude du milieu tunisien les solutions de conflits de lois dans ce pays.

Sans méconnaître l'œuvre de la jurisprudence française en Tunisie et surtout celle du regretté Président Fabry qui procède d'une culture juridique remarquable et surtout d'un étonnant instinct, on doit constater que des erreurs sont commises quotidiennement : application du système de conflits de lois français au lieu du système tunisien, application automatique de la loi française sans justification préalable de la compétence de la dite loi, interprétation erronée du système tunisien, etc...

C'est pourquoi une systématisation doctrinale s'impose impérieusement. Notre confrère M^e Raymond Scemama a, peut-on dire, ouvert la voie en essayant de fixer les solutions du problème en matière de Droit de famille (*Essai sur les conflits des Lois en Tunisie en matière de Droit de famille*, 1930). Il nous a paru intéressant de poursuivre

cette étude par l'examen des règles de conflits de lois en matière de successions *ab intestat*. Ce travail devrait être suivi de l'examen de toutes les institutions de droit privé au point de vue du Droit international privé en Tunisie : ainsi la question des contrats, des conventions matrimoniales, des testaments, etc...

Après un chapitre préliminaire consacré à la recherche de la loi rationnellement applicable aux successions *ab intestat* et aux solutions adoptées par le Droit français, il nous a semblé tout naturel :

1° De fournir dans une première partie, une description du milieu dans lequel le problème va se poser ;

2° De rechercher dans une deuxième partie les principes qui régissent les matières (sources, ordre public, renvoi, qualifications) ;

3° De faire application dans une dernière partie, des principes ainsi dégagés aux différentes institutions du Droit successoral (dévolution, transmission, liquidation et partage).



Digitized by the Internet Archive
in 2026

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

SECTION I

Loi applicable rationnellement aux successions « ab intestat »

M. Lévy-Ullmann, dans son cours de Doctorat professé en 1934-1935 à la Faculté de Paris a traité de la doctrine universaliste; cette doctrine souhaite de voir consacrées dans tous les pays civilisés les mêmes règles de conflits de lois et a pour objet, dans le domaine de l'action, d'arriver à une unification des systèmes de conflits.

M. Lévy-Ullmann déclare d'ailleurs qu'il existe un certain nombre de principes universellement admis pour leur solide fondement rationnel, ce qui démontrerait que le plan d'action de la doctrine n'est nullement impossible à réaliser; — ces principes ont été admis parce qu'ils sont conformes à la raison; — il est permis de supposer que la divergence des règles dans les autres domaines du Droit disparaîtra pour laisser subsister la seule règle rationnelle, la seule vraiment universelle et ce au moyen de libres et loyales discussions entre les hommes appartenant aux diverses nations.

L'auteur estime que les règles auxquelles actuellement les peuples civilisés ont donné leur consentement sont principalement les suivantes :

Les immeubles doivent être régis par la loi territoriale ;

L'état des personnes est régi par leur loi personnelle (principe de l'extraterritorialité) ;

La forme des actes juridiques dépend de la loi locale ;

Les droits acquis doivent être respectés ;

Les successions mobilières sont régies par la loi personnelle ;

L'application de la loi étrangère est limitée par le principe de l'ordre public.

Après avoir examiné les principaux systèmes de conflits de lois des nations civilisées, l'auteur ne découvre sur le premier principe, à savoir que le régime des immeubles dépend de la loi de leur situation, qu'une note discordante : la loi applicable aux successions immobilières est dans certains pays la loi territoriale et dans d'autres la loi nationale du *de cuius*, et il constate que la majorité des législations récentes est orientée du côté de l'application de cette dernière loi.

Le Code civil italien dans ses articles 6, 8 et 9 adopte au point de vue des successions *ab intestat* la théorie de la personnalité des lois de Mancini (exposée dans un mémoire, rapporté au Clunet 1874, p. 291 et suiv.) ; il en est de même du Droit espagnol (art. 10, alinéa 2 du Code civil espagnol) et du Droit allemand (art. 24, 26) avec pour ce dernier une exception en faveur des sujets allemands qui laisse cependant intact le principe de l'application de la loi nationale du *de cuius*, à savoir que la loi nationale sera écartée lorsqu'un Allemand pourra faire valoir, en vertu de la loi allemande, une prétention sur les biens successoraux. Il y a un fait plus grave : la VI^e Conférence internationale panaméricaine qui comprend 21 États américains dont les États-Unis d'Amérique et qui a pour objet l'unification des systèmes de conflits de lois dans les pays participants a adopté dans son

Code de droit international privé, dit Code Bustamente du nom de l'auteur principal du projet, la règle de l'application de la loi nationale (art. 140) (v. le texte dans le t. II des textes usuels de *Droit international privé* de Niboyet et Goule, p. 508 et suiv.).

Il y a là une exception extrêmement importante au principe et d'autant plus significative qu'elle est issue d'une méthode de libre discussion, de confrontation loyale entre les deux systèmes défendus chacun par un groupe de nations, l'un soutenant que la règle la plus rationnelle est l'application de la loi nationale du *de cuius*, l'autre prétendant, au nom de la même raison, qu'il y a lieu à application de la loi territoriale.

M. Lévy-Ulmann estime toutefois que la doctrine de Mancini sur laquelle est basé le système actuellement triomphant dans la majorité des législations perd de plus en plus du terrain et en donne pour preuve l'impossibilité de faire consacrer la règle de l'application de la loi nationale du *de cuius* aux successions *ab intestat* dans les conférences de la Haye, c'est-à-dire dans un milieu imprégné de la doctrine de la personnalité des lois et gagné d'avance à l'application de la loi nationale.

L'unification dans le sens de l'application de la loi territoriale aux immeubles lui paraît donc possible dans un avenir plus ou moins lointain.

Il faut toutefois noter que le savant professeur se livre dans son cours à une enquête impartiale tendant à ramasser les faits favorables ou contraires à sa doctrine universaliste; la divergence découverte dans le régime des successions *ab intestat* n'est qu'un élément contraire à la théorie surabondamment vérifiée par ailleurs.

Mais cette recherche révèle que le jeu du raisonnement, la

mise en œuvre de la logique conduit cependant à deux résultats différents; pour les uns la raison commande d'appliquer aux successions la loi nationale du *de cuius*, pour les autres, la loi territoriale.

Demandons-nous quel est de ces systèmes le plus rationnel, celui qu'il serait désirable, suivant la doctrine universaliste, de faire adopter par le plus grand nombre de pays possible, à l'exclusion de l'autre.

M. Bartin dans ses « Principes de Droit international privé » a exposé sa théorie qui, ainsi que l'a noté M. Lévy-Ullmann dans son cours sur la doctrine universaliste se rattache dans une certaine mesure à cette dernière et a un caractère international en ce qu'elle fait appel pour déterminer la loi applicable à une méthode logique qui peut être employée partout et doit aboutir aux mêmes solutions. Il déclare qu'il faut envisager l'institution faisant l'objet du problème, du point de vue du Droit interne et que la détermination du but, de la raison d'être, de cette institution en Droit interne conduira tout naturellement à la désignation de la loi applicable (t. I, p. 191, § 77). « En Droit international privé ou plus précisément dans le Droit international privé français, la loi normalement applicable à une relation juridique est celle que désigne l'esprit, en Droit interne, de l'institution dans le fonctionnement de laquelle cette relation se produit. C'est si l'on veut, et comme le voulait Savigny, la nature du rapport de droit qui détermine la loi applicable; je dis, je crois plus clairement : c'est la nature de l'institution correspondant à ce rapport de Droit qui détermine la loi applicable. »

L'auteur, en utilisant ce principe, a opéré la classification suivante des institutions de droit privé (t. II, § 223 et 224) :

Celles qui ont pour but de protéger la personne et la

famille et qui seront régis par la loi nationale, la plus qualifiée pour assurer cette protection.

Celles qui ont pour but de permettre à toutes les personnes vivant sur le territoire d'un État d'être indemnisées si elles sont victimes d'une faute délictuelle sur ce territoire, et d'être assurées de passer des actes valables en se conformant aux formes édictées par la loi de l'État sur le territoire duquel ces actes sont passés. Ces institutions seront régies par la loi locale.

Celles qui ont pour but de donner toute sécurité aux personnes traitant sur des immeubles, des meubles corporels ou incorporels, et qui seront régies par la loi territoriale, la plus facile à consulter, la seule désignée par un signe matériel indiscutable : la situation du bien, sous réserve des difficultés que peut soulever la localisation d'un meuble incorporel.

Celles que leur caractère supplétif permet aux hommes de choisir et qui seront régies par la loi que les parties ont entendu désigner puisqu'à la liberté des conventions, principe de droit interne, doit correspondre le principe de Droit international privé de la liberté du choix de la loi applicable aux dites conventions.

Appliquons cette méthode de raisonnement aux successions *ab intestat*.

Nous arriverons à une conséquence inéluctable à laquelle M. Martin a également abouti (v. *Principes de Droit international privé*, t. I, p. 190 et suiv.).

Les successions ne sont pas autre chose en Droit interne qu'un effet de la parenté. La parenté engendre de nombreux effets : elle fait naître l'obligation alimentaire ; elle donne le droit au nom, elle donne lieu à la puissance paternelle, elle entraîne certains empêchements au mariage

et certaines incapacités, elle crée enfin le droit de succéder. Dans les manuels de Droit et dans les codes, les successions sont habituellement étudiées ou réglementées en dehors des effets de la parenté ; — la raison principale en est que ses règles sont nombreuses et compliquées ; — les dispositions qui régissent la dévolution du patrimoine, sa transmission, sa liquidation et son partage sont si délicates, si nombreuses qu'on perd de vue la nature du droit de succession qui est purement et simplement un effet de la parenté au même titre que le droit de porter un nom ou d'exiger une pension alimentaire ; cet effet est si disproportionné avec les autres par le nombre de ses règles, par l'ampleur de son domaine qu'un certain effort de l'esprit est nécessaire pour lui restituer sa véritable nature et le ranger à sa vraie place.

Mais il ne faut pas oublier que le mérite du Droit international privé est de s'éloigner des classifications légales pour opérer un classement nouveau et extrêmement rationnel, puisqu'il part du principe plein de rigueur qu'il faut examiner la nature de l'institution en Droit interne, rechercher son but avant de le classer dans telle ou telle catégorie légale.

Or pour le Droit successoral, sa véritable nature est d'être un effet de la parenté et comme tel doit être régi sur le plan du Droit international privé par la loi qui protège la famille, qui régit la parenté et en détermine les effets, c'est-à-dire par la loi nationale.

Ainsi de l'analyse de l'institution en Droit privé est sortie tout naturellement la détermination de la règle de conflits.

Et il y a pour appuyer cette raison essentielle, d'autres motifs de première importance :

1° La règle de conflit qui fait dépendre les successions de la loi nationale du *de cuius*, en prenant ainsi pour support

l'individu et non la situation de l'objet, fait disparaître cette énormité juridique que constitue la multiplicité des masses successorales ; désormais, avec cette règle, il n'y a plus qu'une seule masse, sans distinction entre les immeubles, les meubles corporels ou incorporels et sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la situation de ces différents biens.

2° La loi en fixant la dévolution successorale en l'absence de testament ne fait qu'interpréter la volonté tacite du *de cujus* ; — la loi successorale est ainsi une sorte de testament idéal ; — la loi nationale du *de cujus* est évidemment la plus qualifiée pour se livrer à cette œuvre de psychologie, pour connaître l'ordre naturel des affections du défunt et ses désirs quant à la dévolution du patrimoine.

3° L'application de la loi territoriale conduit dans certains pays de civilisation un peu attardée, à des conséquences inadmissibles : ainsi que nous le verrons plus tard la loi territoriale n'existe pas en Tunisie pour le règlement des successions, ou plutôt elle est double et de nature religieuse ; — il y a la loi mosaïque et la loi musulmane, toutes deux d'essence confessionnelle ; — est-il possible dans un pays comme la Tunisie d'admettre la règle de l'application de la loi territoriale aux successions ?... peut-on raisonnablement faire régir la succession d'un Français ou d'un Italien par la loi mosaïque ou la loi musulmane, et pourquoi choisir l'une plutôt que l'autre.

Ainsi, on le voit, la raison nous paraît commander l'application de la loi nationale du *de cujus* aux successions *ab intestat* et il nous semble que c'est dans ce sens et par l'adoption de cette règle que l'unification devrait être cherchée.

Au cours de nos développements futurs, nous constaterons que le système de conflits de lois tunisien, qui a son exis-

tence propre, absolument indépendante des règles françaises, contient cette règle essentielle de l'application de la loi nationale du *de cuius* aux successions *ab intestat*.

SECTION II

Solutions adoptées par le droit français en matière de successions « ab intestat ».

Les règles de conflits de lois françaises relatives aux successions *ab intestat* s'écartent résolument de la théorie idéale exposée plus haut, et ce, sous l'influence des précédents historiques.

Dans l'ancien Droit l'unité de législation n'existait pas en France; dans chaque région étaient appliquées des coutumes différentes.

La principale préoccupation était alors de régler le sort de la terre, et, pour faire triompher les conceptions locales au décès d'un individu, il était fait application de la loi de la région, ou plutôt de la coutume locale pour régler le sort de son patrimoine.

On connaît la maxime de Loisel : « toutes coutumes sont réelles » formulée justement à propos des successions *ab intestat*.

Ainsi, d'après ce système, à supposer que le *de cuius* avait des immeubles dans plusieurs provinces, la dévolution de chacun d'eux pouvait être déterminée par des règles différentes. Il y avait autant de masses successorales, autant de règles de dévolution que d'immeubles situés dans différentes provinces.

Ainsi, chaque province mettait un soin jaloux à régler le sort de sa terre, n'autorisant nulle coutume étrangère à

pénétrer chez elle pour y opérer une dévolution différente de sa propre conception.

Au ^{xiii}^e siècle les idées des statutaires italiens furent introduites en France par les juriconsultes français qui suivaient l'enseignement des Universités italiennes; ces idées étaient à l'opposé de la règle coutumière française condensée dans l'adage : « toutes coutumes sont réelles ». Les statutaires italiens repoussaient en effet complètement le principe de la territorialité des lois.

Cependant la règle coutumière de l'application de la coutume locale à la dévolution des immeubles était si fortement implantée qu'elle résista à l'introduction des idées nouvelles.

Il est incontestable que le Code civil a reproduit pour les immeubles, les idées de l'ancien Droit. On sait la brièveté excessive des textes de Droit international privé français. Le célèbre article 3 du Code civil comprend un alinéa ainsi conçu : « Les immeubles même possédés par des étrangers sont régis par la loi française. »

Ce texte :

1° Ne règle à proprement parler que le régime des immeubles, et non leur transmission pour cause de mort;

2° Ne règle que le cas d'immeubles français possédés par des étrangers.

A s'en tenir d'une façon stricte au texte, il semblerait qu'il ne s'agit que de la nature des droits réels sur les immeubles et de la détermination de leurs effets; il semblerait aussi que le texte n'est applicable qu'aux immeubles situés en France et possédés par des étrangers.

Cependant ce texte a été étendu par une interprétation large d'après laquelle il réglerait la vie de l'immeuble en général, c'est-à-dire non seulement les droits réels qui ont

l'immeuble pour objet, mais encore les diverses aventures juridiques qui pouvaient lui arriver, à savoir aussi bien les mutations entre vifs que les mutations pour cause de mort. Ce seul mot d'immeubles constituait ainsi tout un programme. De même le texte a été retourné et a été appliqué à une situation inverse de celle prévue : celles des immeubles situés à l'étranger et possédés par des Français.

La jurisprudence française a toujours interprété ainsi le texte si imprécis et si incomplet de l'alinéa 2 de l'article 3 du Code civil (Cass. civ. 2 avril 1884 ; Sirey 1886, I, 121 ; Cass. civ. 26 juillet 1892 ; Sirey 1892, I, 76 ; Cass. civ. 8 mars 1909 (motifs) ; Clunet 1909, p. 773 ; Rev. Lapradelle 1909, p. 887 ; Cour de Besançon 10 avril 1933, D. 1934, II, p. 89 ; Cass. civ. 5 juillet 1935 ; S. 1934, I, p. 337 ; D. 1934, I, p. 133).

L'arrêt de la Chambre civile du 5 juillet 1933 est basé sur l'interprétation directe de l'article 3 du Code civil : « Attendu que par application du principe de la territorialité des lois relatives aux immeubles admis par l'alinéa 2 de l'article 3 du Code civil, les biens sont régis par la loi du pays où ils sont situés. »

La Cour de Besançon dans son arrêt du 10 avril 1933, avait statué sur le cas d'une succession comprenant des meubles et des immeubles situés en Italie et en France ; elle n'a pas hésité à faire trois masses des biens successoraux ; les immeubles italiens, les immeubles français et les meubles. Les immeubles italiens et les immeubles français furent respectivement dévolus suivant la loi italienne et la loi française ; ainsi la nationalité italienne du *de cujus* n'exerça aucune influence sur la dévolution du patrimoine ; seul le fait matériel de la situation des biens fut pris en considération, et cette solution est bien celle consacrée par l'article 3 du Code civil.

La solution adoptée par le Droit français pour les meubles est identique, en ce sens, qu'on s'attache non à la nationalité du *de cuius*, mais à la situation des biens, mais est différente de la règle suivie pour les immeubles sur un point capital : on ne tient pas compte de la situation réelle, mais de la situation fictive, les meubles étant réputés se trouver au domicile du *de cuius*; ainsi cette fiction supprime l'inconvénient de la multiplicité des masses successorales pour les meubles qui aurait été bien plus grave que pour les immeubles ; ainsi c'est la loi du domicile qui fixe en France la dévolution de tous les meubles de la succession, en raison de la fiction légale suivant laquelle ils sont réputés y être tous réunis.

Cette règle ne se trouve pas dans l'article du Code civil il est impossible de la déduire de l'alinéa 2 qui ne parle que des immeubles. Elle est d'origine coutumière et n'ayant pas été formellement écartée par le Code civil est toujours applicable.

En effet on s'aperçut vite dans l'ancien Droit de l'impossibilité d'appliquer la règle de la territorialité des coutumes aux successions mobilières; en effet les meubles pouvaient théoriquement être situés dans un grand nombre de provinces, aurait-il été raisonnable d'appliquer à chacun une coutume et d'en opérer la dévolution suivant des règles différentes ?

C'est pourquoi, dès le ^{xiv}^e siècle, on admit la règle formulée dans l'adage *mobilia sequuntur personam*; cette règle en ne tenant pas compte de la situation des biens, mais seulement de la personne du propriétaire des dits biens supprimait la pluralité des masses successorales.

Cette règle fut adoptée par la jurisprudence française, mais il y eut des hésitations et des divergences d'interprétation; bien que la règle dans l'ancien Droit, ne pût avoir qu'un

effet, celui de faire régir la succession par la loi du domicile du *de cuius*.

Il était permis cependant de se demander si la règle signifiait qu'il fallait s'attacher à la nationalité ou au domicile de la personne; en effet c'était toujours la personne qui était prise en considération, la masse successorale restait unique, mais on pouvait hésiter entre deux attributs de l'individu, sa nationalité et son domicile.

La jurisprudence actuelle paraît être fixée pour la seule solution historiquement exacte, à savoir que, de même que pour les immeubles, c'est la situation des meubles qui est prise en considération, que le domicile n'intervient que comme lieu de la situation fictive des meubles, et qu'il y a lieu en conséquence d'appliquer la loi du domicile du *de cuius* et non sa loi nationale (Cass. civ., 7 novembre 1826, S., 1827, I, p. 150; Cass. civ., 22 mars 1865, I, p. 175; Cass. civ., 5 mai 1875; Sirey, 1875, I, 409; Dalloz, 1875, I, 343; Cass. civ., 8 mars 1909; Clunet, 1909, p. 773; Cass., 24 juin 1878; S., 1878, I, p. 429; D. 1879, I, p. 65; Besançon, 10 avril 1933; D. 1934, II, p. 89. Seine, 11 mai 1933, Rev. du D. I. Privé 1934 avec note Niboyet).

L'arrêt ci-dessus rapporté du 22 mars 1865 pose exactement la règle de conflits : « Attendu, quant aux meubles, que d'après l'ancienne règle toujours subsistante, ils suivent la personne de leur propriétaire et sont réputés exister au lieu d'ouverture de la succession. »

De même l'arrêt de la Cour de Besançon, cité également plus haut, fait dépendre la succession mobilière du *de cuius* de la loi française en raison de ce que le domicile du *de cuius* était situé en France et quoique le *de cuius* fût de nationalité italienne.

L'une des raisons des hésitations de la jurisprudence,

outre l'adage de l'ancien Droit : *Mobilia sequuntur personam* dans lequel le mot de personne pouvait prêter à équivoque était la suivante : antérieurement à la loi du 10 août 1927, les étrangers devaient être autorisés à avoir un domicile en France, en l'absence d'autorisation, conservaient un domicile de droit dans leurs pays d'origine; or la jurisprudence ne tenait compte que de ce domicile de droit (v. aff. Forgo, arrêt ci-dessus cité du 24 juin 1878, S. 1878, I, p. 429; D. 1879, I, p. 65; v. aussi Cass., 21 juin 1865, S., I, p. 3313); c'est pourquoi pratiquement l'application de la loi du domicile pour les successions mobilières équivalait à l'application de la loi nationale du *de cujus*. Mais il fallait bien préciser que cette loi ne s'appliquait qu'en tant que loi du domicile et non en tant que loi nationale.

Certaines décisions (v. en particulier Paris I^{er}, ch. 12, 4, 29; S., 1930, II, 129) commirent la confusion et firent application de la loi nationale aux meubles successoraux.

La Cour de Besançon, dans son arrêt ci-dessus visé, a justement rectifié l'erreur commise par le Tribunal de première instance qui avait appliqué la loi nationale à la succession mobilière, et a fait application de la loi du domicile pour la masse mobilière.

Désormais la jurisprudence paraît bien fixée pour la seule solution historiquement exacte; — l'intérêt en est depuis la loi du 10 août 1927 bien plus grand; — en effet cette loi a admis que les étrangers avaient un domicile en France au même titre que les Français; ainsi les cas seront beaucoup plus nombreux dans lesquels le domicile sera différent de la nationalité, ce qui rend absolument nécessaire l'existence d'une règle fixe et sans équivoque.

Pour nous résumer il nous paraît incontestable que le Droit français a consacré la règle de la territorialité aussi bien pour les successions immobilières que pour les successions mobilières.

PREMIÈRE PARTIE

ÉLÉMENTS DU MILIEU TUNISIEN QUI DONNENT
AU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EN TUNISIE
SON CARACTÈRE PROPRE

CHAPITRE PREMIER

MAINTIEN DE LA SOUVERAINETÉ TUNISIENNE

Il est un fait hors de doute, que tous les auteurs s'accordent actuellement à reconnaître, dont les tribunaux français de Tunis font une application quotidienne, que la Cour de cassation a également admis; c'est que le Protectorat français, s'il a amoindri la capacité de l'État tunisien tant au point de vue intérieur qu'au point de vue extérieur a cependant laissé subsister sa personnalité et sa souveraineté.

Ce maintien de la souveraineté tunisienne résulte de tous les documents officiels et il est même assez étonnant qu'on ait prétendu quelquefois assimiler le régime tunisien à celui résultant, comme en Algérie, de l'annexion.

Il est incontestable que, tandis qu'en Algérie l'État annexé a été entièrement absorbé par la France et qu'il n'y a plus d'État algérien, l'État tunisien subsiste en Droit et conserve sa personnalité politique.

Ainsi qu'on l'a souvent dit avec juste raison, les régimes de protectorat sont différents les uns des autres et seul

l'examen des traités créateurs du nouveau statut permet de dire exactement le régime indiqué par cette appellation générique.

Les traités doivent au surplus être interprétés restrictivement et en faveur de l'État protégé; la Tunisie a donc conservé tout ce dont elle n'a pas fait expressément abandon.

Les traités du 12 mai 1881 dit « traité du Bardo » et celui du 8 juin 1883 dit « traité de la Marsa » contiennent donc une énumération limitative des concessions faites à l'État français par l'État tunisien (v. Lagrange et Fontana, *Codes et lois de la Tunisie*, p. 1).

Le préambule du traité du Bardo est particulièrement significatif sur le sens du nouveau statut. Il déclare que le traité a pour objet « de resserrer les anciennes relations d'amitié et de bon voisinage » entre la France et la Tunisie; — il ne peut s'agir évidemment dans ces conditions d'une suppression de l'État tunisien puisque le traité a pour objet de fortifier l'amitié existant entre lui et la France; — ce serait une preuve singulière d'amitié que d'étouffer la personne à laquelle on veut ainsi la manifester.

Les deux traités contiennent deux dispositions capitales, l'une au point de vue de la souveraineté extérieure, l'autre au point de vue de la souveraineté intérieure.

La première est l'article 6 du traité du Bardo; elle déclare que la Tunisie sera représentée à l'étranger par les agents diplomatiques et consulaires français, et contient en outre l'engagement pris par le Bey de ne conclure aucun acte ayant un caractère international « sans en avoir donné connaissance au Gouvernement français et sans s'être préalablement entendu avec lui ».

Par conséquent vis-à-vis de l'étranger, la Tunisie, au

point de vue de la protection de ses nationaux, est représentée par la France, mais la représentation implique nécessairement l'existence d'un mandat et d'un mandataire et ne supprime en aucune façon la personne du mandant.

Le même article d'autre part autorise le Bey à conclure au nom de la Tunisie des traités internationaux, ce qui montre bien que la Tunisie a conservé sa personnalité mais seulement avec l'assistance et l'autorisation de la France.

Ainsi, organisation d'une tutelle pour le premier point, d'une curatelle pour le deuxième, mais les deux régimes laissent incontestablement subsister l'existence de l'Etat dont la capacité est amoindrie.

La deuxième disposition importante est insérée dans le traité de la Marsa; elle a trait à la souveraineté intérieure de l'Etat tunisien et y porte atteinte dans une mesure bien moindre qu'au point de vue de la souveraineté extérieure.

Cette disposition est constituée par l'article premier du dit traité. Cet article est surtout remarquable en ce qu'il prononce pour la première fois le mot de Protectorat, que la France, par une prudence peut-être excessive n'avait pas prononcé dans le traité du Bardo.

Cet article est ainsi conçu :

« Afin de faciliter à la France l'accomplissement de son Protectorat, son Altesse le Bey s'engage à procéder aux réformes administratives, judiciaires et financières que le Gouvernement français jugera utile. »

Ainsi par cette disposition l'initiative législative beylicale n'était nullement supprimée; elle continuait à s'exercer concurremment avec celle de la France.

On constatera d'ailleurs que le pouvoir législatif n'a pas été dévolu à la France; celle-ci peut seulement préparer des

projets de décrets que le Bey en vertu de son engagement ne pourra pas rejeter et qu'il a l'obligation de transformer en décrets; mais il n'en reste pas moins que les décrets émanent de l'autorité beylicale et non de l'autorité française.

La France par les mêmes traités prenait l'engagement de respecter les traités existant déjà entre la Tunisie et les puissances européennes et même garantissait leur pleine et entière exécution.

De plus les traités existant entre la Tunisie et la France étaient confirmés et renouvelés.

Nous sommes ainsi très loin d'un régime où l'un des deux États disparaît totalement au profit de l'autre et où cette espèce de confusion rend caducs et inutiles les traités existant entre eux.

La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer ces principes dans un arrêt en date du 28 février 1930 (*Gazette du Palais*, 5 mai 1930) :

« Attendu que le traité du Bardo du 12 mai 1881 et la convention de la Marsa du 8 juin 1883 qui ont établi en Tunisie le Protectorat de la France ont été ratifiés par des lois françaises du 27 mai 1881 et du 9 avril 1884 ;

« Qu'en vertu de ces traité et convention, la Régence de Tunis a conservé sous le contrôle de la puissance protectrice son autonomie législative ;

« Qu'il résulte des documents officiels versés au dossier que le principe de cette autonomie législative a été et est exactement observé par les deux puissances contractantes; que dès lors les tribunaux français sont tenus de s'y conformer. »

Il n'est pas besoin de poursuivre plus longtemps une démonstration si souvent faite. Il y a d'ailleurs actuellement fort peu d'auteurs à convaincre. Il est cependant inté-

ressant de rappeler certains travaux doctrinaux sur le Protectorat.

M. Fitoussi (*L'État tunisien*, 1904) a consacré de manière très ferme cette théorie de la dualité de souverainetés ; le même M. Fitoussi dans un ouvrage écrit en collaboration avec M. Benazet (*L'État tunisien et le Protectorat français*, 1931) a de nouveau insisté sur les mêmes règles qui résultent à l'évidence comme nous l'avons vu des traités constitutifs.

De même, MM. Gaudiani et Thiaucourt dans leur ouvrage sur *La Tunisie* déclarent : « Le Bey a toujours en principe et sous réserve de ces exceptions (celles énumérées par les traités des 12 mai 1881 et 8 juin 1883) la plénitude du pouvoir judiciaire et de même que la personnalité juridique de son État subsiste avec le Protectorat, de même sa justice ne saurait se confondre avec la justice française fonctionnant en Tunisie puisqu'elles procèdent de deux souverainetés absolument différentes et entièrement étrangères l'une à l'autre. »

Ce principe, d'après lequel l'État protégé conserve tout ce qu'il n'a pas donné à l'État protecteur a été maintes fois formulé dans les travaux doctorinaux sur les Protectorats ou en particulier dans celui de M. Despagne (*Essai sur les Protectorats*, Paris 1896). L'auteur insiste sur le caractère contractuel des traités de Protectorat et sur l'obligation dans laquelle se trouve le commentateur d'interpréter restrictivement et au bénéfice de l'État protégé les renonciations contenues dans les dits traités à des droits déjà existants.

Quelles seront au point de vue du Droit international privé les conséquences du maintien de la souveraineté de l'État tunisien ?

La conséquence essentielle est que la Tunisie possède son propre système de conflits de lois.

On peut articuler avec force cette règle primordiale, que les dispositions de conflits de lois françaises qui sont l'expression de la souveraineté française et qui en tracent les limites sont inapplicables en Tunisie.

Si la souveraineté française, avait absorbé celle de l'État tunisien c'est à elle qu'aurait incombé la tâche de déterminer l'étendue d'application des différentes lois; c'est à l'article 3 du Code civil et aux autres textes contenant les solutions de conflits qu'il aurait fallu s'adresser pour résoudre en Tunisie les problèmes relatifs à la loi applicable en matière de succession et d'une façon générale pour toutes les institutions du Droit civil.

Mais le maintien incontestable de la souveraineté tunisienne entraîne l'existence d'un système original de conflits de lois et donne ainsi sa raison d'être à la présente étude qui a pour objet la recherche des solutions de conflits dans le Droit des successions en Tunisie.

Malheureusement les tribunaux font de fréquentes erreurs en cette difficile matière. Ils méconnaissent souvent l'existence du système de conflits tunisien.

Un arrêt de la Cour d'appel du 12 mai 1926 (Berge, 1926 I, 244) que nous aurons l'occasion d'examiner en détail par la suite pose comme principe l'application de l'article 3 du Code civil pour la détermination de la loi applicable en matière de successions.

Un jugement du Tribunal de Tunisie du 25 mai 1890 rapporté à la *Revue Algérienne*, (deuxième partie, page 477) adopte, lui, une solution encore plus étonnante; il fait tout simplement en Tunisie application du système de conflits des lois italien; — il s'agissait d'un Italien décédé à Tunis

laissant des fils et des filles ; — les filles demandaient le partage de la succession ; — les fils répondaient que la loi applicable en l'espèce était celle de la situation des biens, c'est-à-dire la loi territoriale tunisienne et plus précisément l'une des deux lois territoriales, à savoir la loi mosaïque, et qu'en vertu de cette loi les filles n'avaient aucun droit sur la succession.

« Attendu, dit le jugement, que d'après l'article 8 des dispositions préliminaires du Code civil italien, les successions légitimes et testamentaires, soit en ce qui concerne l'ordre des héritiers, soit en ce qui concerne toute l'étendue des droits successoraux, sont régies par la loi nationale du défunt quelles que soient la nature et la situation des biens ; attendu que cette disposition est applicable aux Italiens décédés dans les pays des Echelles du Levant. »

Le jugement raisonne par conséquent ainsi : application du système de conflits des lois italien donc application de la loi italienne, loi nationale du *de cuius* en l'espèce, donc rejet de la loi territoriale, et admission des filles à concourir à la succession.

Le jugement a abouti à une conclusion correcte à savoir l'application de la loi nationale du *de cuius*, mais à l'aide de prémisses fausses ; le raisonnement correct eût dû être application du système de conflits de lois proprement tunisien donc application de la loi nationale du *de cuius*, car ainsi que nous le verrons c'est la loi nationale du *de cuius* qui règle les successions *ab intestat* en Tunisie et par conséquent mêmes conclusions que celles du jugement.

Nous n'avons donné cet exemple que pour bien préciser la situation de la Tunisie en matière de Droit international privé.

Il n'y a pas lieu pour en déterminer les règles de faire

appel à des souverainetés étrangères et ni même à la souveraineté de l'État protecteur. Le Législateur tunisien a posé de façon expresse ou implicite les règles qui déterminent l'étendue d'application dans l'espace des différentes lois ; il a ainsi fait connaître la mesure dans laquelle la souveraineté tunisienne s'appliquait ou au contraire s'effaçait pour faire place à d'autres.

Ce principe de la subsistance de la souveraineté tunisienne malgré le protectorat qui nous a conduit à cette déduction capitale de l'existence d'un système de conflits spécifiquement tunisien, nous permet en outre de résoudre facilement la question de la nature des conflits de lois qui naissent en Tunisie.

La doctrine distingue parmi les différents conflits de lois :

1° Les conflits internationaux de lois, qui impliquent nécessairement que deux lois au moins émanant de deux souverainetés différentes se disputent la réglementation d'un rapport de droit déterminé ;

2° Les conflits de lois ne présentant pas ce caractère international et qui supposent que deux ou plusieurs lois d'un seul et même État revendiquent la réglementation d'un rapport de Droit privé.

Cette deuxième catégorie comprend :

a) Les conflits entre une loi générale en vigueur sur tout le territoire de l'État et une ou plusieurs lois de nature purement locale ;

b) Les conflits entre lois locales d'un même État qui n'est pas arrivé à l'unification de sa législation ;

c) Les conflits de lois existant dans les colonies où la souveraineté de l'État colonisateur, après avoir fait disparaître celle du pays conquis a cependant laissé subsister pour la réglementation de certaines matières de droit privé les lois

locales. Il y a alors dans ce régime conflit entre la loi du pays conquérant et celle du pays conquis ; mais dans ce cas pour savoir quelle est la loi applicable il faut uniquement se référer à celle du pays conquis qui a tracé ses propres limites. Il n'y a alors nullement conflit entre deux souverainetés, mais exercice d'une souveraineté unique.

Ce classement a souvent été effectué par les auteurs (v. en particulier Pillet et Niboyet, *Manuel de Droit international privé*, 1924 ; Bartin, *Principes de Droit international privé*, t. I, p. 13 et suiv.).

M. Bartin cependant, sans étudier les conflits de lois qui s'élèvent dans les pays de Protectorat, les classe dans les conflits de type colonial.

Cette conception nous paraît inexacte.

En effet nous verrons bien par la suite en étudiant les Communautés religieuses que la plupart des conflits non internationaux de lois se retrouvent en Tunisie, mais il est incontestable que les conflits entre la loi française et la loi tunisienne sont essentiellement des conflits internationaux de lois.

De même les conflits entre la loi tunisienne et les différentes lois étrangères. De même encore les conflits entre la loi française et les autres lois étrangères.

Il faut bien se pénétrer de l'idée que ce n'est pas la loi française qui détermine l'étendue d'application de la loi tunisienne, mais la loi tunisienne elle-même.

La loi française, lorsqu'elle est applicable en Tunisie ne l'est que parce qu'elle est désignée par le système de conflits des lois tunisien ; disons tout de suite que cette proposition n'est pas tout à fait exacte et que bien souvent les tribunaux français de Tunisie font application de la loi française pour suppléer à la carence de la loi territoriale tunisienne.

Quoi qu'il en soit il y a théoriquement entre la loi française et n'importe quelle loi étrangère une égalité absolue vis-à-vis de la loi tunisienne.

Pour savoir si la loi française est applicable de même qu'une autre loi étrangère, il faut se référer au système de conflits des lois tunisien, et dans le conflit qui s'élève ainsi on retrouve bien le choc entre souverainetés différentes qui caractérise le conflit international de lois.

Pour nous résumer, nous avons abouti d'ores et déjà à souligner l'existence d'un système de conflit spécifiquement tunisien et à caractériser les conflits qui s'élèvent en Tunisie entre la loi tunisienne et n'importe quelle loi étrangère par rapport à elle, y compris la loi française.

CHAPITRE II

LES TRIBUNAUX FRANÇAIS DE TUNISIE

Le deuxième élément qui donne au Droit international privé tunisien une physionomie propre est l'existence des tribunaux français de Tunis. Ils représentent une institution des plus originales qui a contribué fortement à dessiner les grandes lignes du Droit international privé en Tunisie.

En bonne théorie on ne peut parler de la création ou de la modification d'un droit par les Tribunaux uniquement chargés d'appliquer la loi en cas de procès ; le Droit existe en dehors des litiges, en dehors de l'intervention des tribunaux et commande les mille relations qui se nouent quotidiennement entre les hommes. En pratique et surtout dans un pays comme la Tunisie où la loi est insuffisante et comprend des lacunes considérables, il en est tout autrement ; on peut dire qu'en Tunisie les tribunaux français ne se sont pas contentés de dire le Droit, mais ils ont souvent fait le Droit en présence de la carence de la loi territoriale. Il est par conséquent fort intéressant d'étudier leur origine et leur nature.

Nous allons rappeler les étapes de la constitution des tribunaux français actuels et nous demander quelle est leur nature pour en tirer telles conclusions qui nous paraissent logiques dans la matière particulière que nous traitons.

Avant l'établissement du Protectorat de la France, la Tunisie vivait au point de vue judiciaire, sous un régime de

Capitulations; — ces capitulations étaient d'une manière générale des traités passés entre les pays hors chrétienté et les pays européens à l'effet d'assurer la protection des Européens résidant dans ces pays ; dans le domaine judiciaire ces capitulations se traduisaient par l'existence de juridictions consulaires chargées de statuer dans des cas déterminés lorsque leurs nationaux figuraient dans la cause.

Ces capitulations provenaient des causes principales suivantes :

1° La faiblesse de l'État qui consentait ainsi à se défaire d'une de ses plus précieuses prérogatives, le droit de rendre la justice sur tout son territoire à toutes les personnes qui y habitent;

2° L'impossibilité dans laquelle se trouvaient les tribunaux religieux chargés en particulier des procès relatifs aux droits de famille et aux successions, d'appliquer la loi religieuse à des infidèles et l'impossibilité pour eux d'appliquer une autre loi que leur loi religieuse ; — pour qu'un tribunal applique une autre loi que celle qu'il a l'habitude d'appliquer, pour séparer la notion du juge saisi de celle de la loi applicable, il faut être arrivé à un degré de raffinement juridique auquel ne s'étaient pas élevés les tribunaux religieux qui d'ailleurs considèrent comme un péché religieux l'application d'une loi autre que la loi de Mahomet ou la loi de Moïse;

3° La méfiance des Européens non seulement vis-à-vis des tribunaux religieux, mais encore des tribunaux tunisiens, civils et commerciaux.

Ces causes avaient entraîné la création de pouvoirs judiciaires au profit des Consuls des puissances européennes ; ils étaient en particulier seuls juges des litiges personnels et mobiliers dans lesquels leurs nationaux étaient défenseurs,

seuls juges des litiges s'élevant entre leurs nationaux tant en matière de Droit de famille et de succession qu'en matière personnelle et mobilière ; — ils étaient en outre chargés de l'exécution des sentences rendues contre leurs nationaux en matière immobilière par les tribunaux tunisiens.

Le Consul de France avait en Tunisie dans le domaine judiciaire les mêmes pouvoirs que les autres Consuls malgré la formule insérée dans la capitulation de 1685 « aura ledit Consul la prééminence sur les autres Consuls ».

Au moment de l'établissement de son Protectorat, la France s'engage dans le traité du Bardo à respecter les traités passés entre la Tunisie et les autres puissances européennes y compris les capitulations.

Mais elle va s'employer à transformer cette situation et elle y arrivera :

1° Au moyen de la suppression de sa juridiction consulaire et de son remplacement par un tribunal et six justices de paix (loi du 27 mars 1883 promulguée en Tunisie par le décret du 18 avril 1883) (v. Lagrange et Fontana, *Codes et lois de la Tunisie*, t. I, p. 34) ;

2° Au moyen du décret du 5 mai 1883 qui déclare que les puissances qui consentiraient à supprimer leurs juridictions consulaires verraient leurs nationaux devenir justiciables des tribunaux français, dans les mêmes conditions que les Français eux-mêmes (v. Lagrange et Fontana, *Codes et lois de la Tunisie*, t. I, p. 43).

Les puissances acceptèrent alors une à une, de supprimer leurs juridictions consulaires ; — le Consul d'Italie a conservé cependant et ceci est une subsistance vraiment curieuse de son droit de rendre la justice, compétence pour statuer en référé sur les mesures urgentes nécessitées par

l'administration et la liquidation des successions italiennes (Convention de 1896, promulguée par décret du 1^{er} juin 1897).

Ainsi arrivés à ce stade, les tribunaux français de Tunisie réunissaient entre leurs mains les pouvoirs du Consul de France et des autres puissances européennes.

Si on s'en était tenu là, le problème de leur nature aurait été facile à résoudre, mais des changements considérables vont se produire grâce à des textes nouveaux qui vont étendre la compétence des tribunaux français.

Ces extensions de compétence leur ont été conférées :

1^o Par le décret du 31 juillet 1884 — on se souvient que les Consuls n'étaient compétents en matière personnelle et mobilière que lorsqu'un de leurs nationaux était défendeur — désormais quelle que soit la position au procès des parties non tunisiennes, les tribunaux français devront en être saisis.

Le décret fait une réserve touchant les litiges immobiliers et les litiges relatifs au statut personnel des Tunisiens — par litiges immobiliers, il faut entendre les litiges ayant pour objet des immeubles non immatriculés. Car la loi foncière qui sera édictée plus tard crée une nouvelle catégorie d'immeubles et donne compétence aux tribunaux français pour trancher les litiges qui s'y rapportent quelle que soit la nationalité des parties en cause. Quant au statut personnel des Tunisiens il faut y comprendre également les successions. Pour ces dernières le Charâa et le tribunal rabbinique continueront à trancher les procès que ces questions feront surgir mais il est nécessaire de remarquer ici que lorsqu'à l'occasion d'un procès dont il a été compétemment saisi par suite de l'existence d'un Européen, dans la cause doit être tranchée une question de statut personnel tunisien ou de succession tunisienne, les tribunaux français, le plus souvent loin de renvoyer la solution de cette question devant les tribunaux

religieux, la résolvent en faisant application de la loi compétente, c'est-à-dire de la loi tunisienne. Cette habitude des tribunaux français de Tunisie, peut-être conforme aux exigences du Code de procédure civile, explique qu'ils ont fréquemment l'occasion de faire application des règles religieuses tunisiennes;

2° Par la loi foncière du 2 septembre 1885 qui, instituant un régime spécial pour les immeubles immatriculés conformément à ses prescriptions, conférait aux tribunaux français le soin de trancher les litiges s'y rapportant;

3° Par le décret du 2 septembre 1885 qui, en matière pénale donne compétence aux tribunaux français non seulement quand l'Européen est auteur principal du délit, mais encore quand il est complice ou partie civile;

4° Par un certain nombre de décrets postérieurs qui, en raison de la nouveauté des institutions réglementées, déclarent que seuls, les tribunaux français connaîtront des procès qui s'élèveront à leur sujet (ainsi la législation relative aux fonds de commerce, à la propriété artistique et littéraire, aux marques de fabrique, à l'état civil, aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés de capitaux en général.

Tels sont les faits; telle est l'histoire des tribunaux français de Tunisie; quelle conclusion peut-on tirer pour définir la nature de ces tribunaux?...

Les théoriciens qui se sont attachés à résoudre ce problème ont abouti à trois doctrines différentes. La première soutient que les tribunaux français de Tunisie sont l'équivalent exact des tribunaux français de la métropole et pour appuyer cette affirmation fait appel à une image, à une fiction, celle de l'exterritorialité : les tribunaux français de Tunisie sont censés juger comme s'ils fonctionnaient sur un prolongement du territoire français.

Cette doctrine a été affirmée dans maintes décisions ; elle fait vraiment bon marché des réalités et son fondement, constitué par une fiction, une vue de l'esprit, manque de solidité.

Elle est inexacte parce qu'elle ne tient pas compte de la formation historique des tribunaux français de Tunisie, de leur compétence actuelle absolument différente de celle des tribunaux français de la métropole, de l'obligation dans laquelle ils se trouvent d'appliquer le système de conflit de lois proprement tunisien et non le système français, et de considérer comme loi territoriale non la loi française, mais la loi tunisienne ; sur ce dernier point par exemple, il est incontestable que si un décret tunisien s'inspire d'une loi française pour réglementer un rapport de droit quelconque ce sera le texte tunisien avec les quelques différences qu'il peut comporter et non le texte français qui devra être appliqué.

Cette doctrine entraîne, nous le verrons dans la délicate matière de l'ordre public, une conséquence des plus importantes, c'est que, si elle était admise, les dispositions d'ordre public avec lesquelles il faudrait confronter les lois normalement compétentes pour décider de leur applicabilité ou de leur rejet seraient celles de la loi française ; en somme ces tribunaux jugeant comme en France devraient au moyen de l'ordre public français refuser l'application non seulement des lois étrangères mais encore des lois religieuses territoriales qui iraient à l'encontre de cette notion.

Nous verrons par la suite que cette conception est inadmissible et que les tribunaux français de Tunisie doivent surtout faire appel à un ordre public local, beaucoup moins exigeant et qui ne peut en tout état de cause, empêcher l'application des lois religieuses locales, quelque injustes qu'elles puissent paraître.

Il y a cependant dans cette théorie une part de vérité.

A notre sens et nous adoptons sur ce point les idées de notre confrère M^e A. Cohen-Solal, développées dans son ouvrage *Application des lois françaises en Tunisie*, la loi française n'est nullement applicable de plein droit en Tunisie ; la seule loi territoriale, la seule loi de droit commun est la loi tunisienne ; la loi française n'est applicable comme toute autre loi étrangère que si elle est désignée dans un cas déterminé par le système de conflits des lois tunisien ; il y a par conséquent égalité théorique entre la loi française et les lois étrangères ; or cette égalité sera rompue au bénéfice de la loi française par le fait que ce sont des tribunaux français qui jugent les procès ; de quelle façon ?... Il est facile de le montrer : lorsque la loi territoriale devra régir un rapport de droit et que cette loi territoriale en raison de ses lacunes ne contient pas les dispositions nécessaires (par exemple dans toute la matière des obligations conventionnelles) les tribunaux français y substitueront les dispositions correspondantes de la loi française qui jouera ainsi un rôle de loi de complément.

On voit ainsi que la théorie de l'exterritorialité, fausse logiquement, fausse historiquement, fausse en ce qu'elle méconnaît les réalités, explique tout de même ce fait essentiel que la loi française s'appliquera de préférence à toute autre pour combler les lacunes de la loi tunisienne.

Nous verrons également lorsque nous étudierons les qualifications, qu'elles doivent résulter de la loi territoriale mais qu'en l'absence de celle-ci la *lex fori*, c'est-à-dire la loi française, devra intervenir pour qualifier les institutions de même que devant les tribunaux français de la métropole.

La deuxième théorie est celle couramment admise par la jurisprudence ; elle a été surtout développée par M. Recten-

wald (*Rev. Alg.*, 1920, 2, p. 82) ; elle fait des tribunaux français de Tunisie uniquement les continuateurs, les héritiers tant de la juridiction consulaire française que des juridictions consulaires étrangères.

Cette théorie était parfaitement exacte au lendemain du Protectorat et des conventions par lesquelles les puissances européennes avaient supprimé leurs juridictions consulaires pour rendre leurs nationaux justiciables des nouveaux tribunaux français. Il n'est pas douteux qu'à ce moment-là, les tribunaux français réunissaient seulement entre leurs mains les pouvoirs judiciaires du Consul français et des Consuls des puissances qui avaient abandonné les dits pouvoirs au profit de la France.

Mais on ne s'en est pas tenu là — et c'est le grave défaut de cette théorie de ne pouvoir expliquer les faits postérieurs — une série de décrets est venue étendre la compétence des tribunaux français et la rendre absolument différente de la compétence des anciennes juridictions consulaires ; les tribunaux ont perdu le caractère que les juridictions consulaires avaient autrefois, celui de se préoccuper avant tout de la protection de leur nationaux ; il ne s'agit plus désormais de protection mais de justice rendue sans distinction de races ou de nationalité à tous les habitants du pays dans les cas où les nouvelles et larges règles de compétence les amènent devant les tribunaux français.

Il n'est plus question en outre de faire application uniquement des lois nationales comme le faisaient les Consuls mais il y a surtout lieu de tenir compte des lois territoriales devenues de plus en plus nombreuses et qui réglementent un nombre d'institutions juridiques de plus en plus important.

Les partisans de cette théorie ont bien tenté de la sauver

en prétendant que les nouvelles règles de compétence constituaient de nouvelles capitulations ; cette explication est inexacte :

1° Parce que les capitulations sont des conventions et que les règles de compétences nouvelles ont été instituées par décrets ;

2° Parce que le Bey a édicté ces décrets non dans le but de protéger une catégorie déterminée de la population, mais dans un but d'intérêt général pour tous les habitants de son pays ;

3° Parce qu'elle laisse résolument dans l'ombre ce fait essentiel que les tribunaux français de Tunisie doivent appliquer la loi territoriale et ne peuvent appliquer les lois nationales que dans les cas où leur application est commandée par le système de conflit des lois tunisien.

Cette théorie, nous le verrons également plus tard, est le plus ferme appui de ceux qui prétendent que l'acceptation du renvoi, injustifiée en France, est de règle en Tunisie car, disent-ils, les Consuls acceptaient le renvoi, ce qui oblige les tribunaux français qui ne sont que leurs héritiers, à faire de même. L'étude du renvoi que nous entreprendrons dans le cours de cet ouvrage, nous mènera à cette conclusion qu'il faut en Tunisie refuser le renvoi de même qu'en France et nous y aboutirons en rappelant le rejet de la théorie ci-dessus ainsi d'ailleurs qu'à l'aide d'autres arguments.

Arrivons maintenant à la dernière théorie qui nous paraît la plus solide ; — elle a été pour la première fois, je crois, soutenue par M^e Cohen-Solal dans son ouvrage déjà cité.

Les tribunaux français de Tunisie ne sont ni l'équivalent des tribunaux français de la métropole ni les héritiers des juridictions consulaires ; le caractère qu'avaient ces dernières

d'être essentiellement basées sur la nationalité s'efface de plus en plus, les tribunaux français de Tunisie prennent de plus en plus un caractère territorial ; en dehors de toute idée de nationalité, on leur a confié à titre exclusif la charge de statuer dans un nombre de matières très étendu les immeubles immatriculés, les fonds de commerce, les sociétés de capitaux, les marques de fabrique, etc., ils ont pris par conséquent le caractère d'une véritable juridiction territoriale chargée de rendre la justice en Tunisie concurremment avec les juridictions indigènes et non plus de protéger uniquement leurs nationaux.

Cette théorie nous conduira :

1° A affirmer de plus fort l'existence d'un système de conflits des lois purement tunisien dont les tribunaux français devront tenir compte de préférence au système français et à tout autre système ;

2° A l'application en matière d'ordre public de la notion d'ordre public tunisien, et non de l'ordre public français ;

3° Au rejet du renvoi considéré comme contraire à la souveraineté tunisienne, contraire au système des conflits de lois tunisien que les tribunaux français de Tunisie en raison de leur caractère territorial doivent avant tout respecter.

Mais, ainsi que nous l'avons vu plus haut, il ne faut pas oublier cette tendance des tribunaux français de Tunisie d'appliquer la loi française de préférence à toute autre quand le système de conflits de lois tunisien désigne la loi tunisienne et que celle-ci n'existe pas ou est de nature religieuse, et aussi à invoquer l'ordre public proprement français pour rejeter l'application de lois étrangères normalement compétentes.

Dans ces deux cas, les tribunaux français sont influencés

par leur nationalité propre et jugent alors comme en France.

Mais il n'en reste pas moins que la dernière théorie nous paraît la plus exacte, la plus réaliste et doit fournir des directives dans les cas douteux de préférence à toute autre.

CHAPITRE III

LES COMMUNAUTÉS RELIGIEUSES DE TUNISIE

Il existe en Tunisie des Communautés religieuses. Elles possèdent leurs propres tribunaux ayant une compétence déterminée et appliquant pour résoudre les questions rentrant dans leur compétence une loi particulière de nature confessionnelle.

C'est une des causes profondes de l'originalité que présente en Tunisie le Droit international privé en particulier dans la matière des successions.

Nous allons montrer que l'existence des Communautés religieuses doit être prise en considération tant en ce qui concerne les sources du Droit international privé plus précisément dans le domaine de droit que nous étudions, que pour les questions de renvoi et d'ordre public.

Il ne me paraît pas nécessaire de faire dans cet ouvrage l'historique des mouvements de population intéressant la Tunisie; il suffit de savoir que la population indigène se compose actuellement de musulmans et d'israélites.

Ces deux branches de la population ont toujours attaché une importance primordiale à leur religion, au point qu'un certain nombre d'institutions et en particulier celles qui se rapportent à l'organisation de la famille sont uniquement régies par la loi religieuse; c'est cette même loi qui régit les successions considérées comme un effet de la parenté.

Deux éléments sont à retenir d'ores et déjà :

Caractères religieux des lois successorales tunisiennes ;

Dualités des lois successorales tunisiennes.

D'autre part, dans chaque partie de la population, est bien ancrée l'idée que ses préceptes religieux sont les seuls vrais, les seuls divins ; ce serait un sacrilège inadmissible que d'appliquer la loi israélite à un musulman ou inversement ; malgré la commune tolérance qui permet aux institutions des deux cultes de se développer librement, chacune des deux catégories de la population ne saurait supporter l'application d'une autre loi religieuse que la sienne.

Ces raisons ont conduit à la création de deux tribunaux religieux différents, l'un chargé d'appliquer la loi religieuse musulmane aux seuls musulmans, l'autre la loi mosaïque aux israélites. Bien entendu, chacun de ces tribunaux ignore les subtilités du Droit international privé et n'applique que sa loi ; leurs règles de compétence ne font d'ailleurs surgir qu'exceptionnellement devant eux des litiges où entre un élément étranger.

Nous allons étudier brièvement l'origine et la compétence de ces tribunaux ; nous en tirerons d'utiles indications pour le sujet qui nous intéresse.

I. — TRIBUNAL RABBINIQUE

A l'origine, la justice était rendue par le Conseil des Anciens siégeant dans les synagogues et possédant même un certain pouvoir législatif ou plutôt celui de préciser la loi divine (Takkanotes : règlements).

Puis ils délèguèrent leurs pouvoirs aux Dayanim (Grands Rabbins nommés par le Bey).

Le tribunal rabbinique actuel a remplacé les Dayanim. Il

a été institué par le décret beylical du 28 novembre 1898 complété par celui du 22 mars 1922.

Il siège à Tunis et sa compétence s'étend à tout le territoire tunisien.

Il applique : 1° la loi de Moïse (Thora) qui forme cette partie de la Bible appelée le Pentateuque :

« Moïse passa avec le Seigneur quarante jours et quarante nuits, ne mangeant point de pain et ne buvant point d'eau et Dieu écrivit sur les tables les paroles de l'alliance, les dix commandements. » (Exode chap. xxxiv; v. 27 et 28.)

2° Le Talmud qui est un recueil des commentaires de la Bible et des traditions morales, sociales et religieuses des Israélites transmises de génération en génération.

Il faut signaler que le tribunal rabbinique fait surtout usage de l'ouvrage du rabbin Karo (qui vécut au xvi^e siècle en Espagne) intitulé « Sulhan Aroukh » (la table servie); cet ouvrage est un résumé systématique des multiples règles de la loi de Moïse. (V. Code rabbinique, Eber Aezer, traduction Santayana et Charleville, v. S. Gili. Statut personnel des Israélites, p. 32.)

Parmi ces règles religieuses figurent celles destinées à régler les successions des Israélites au point de vue de leur dévolution, de leur transmission, de leur liquidation et de leur partage.

La compétence du tribunal rabbinique n'a pas été déterminée par le décret de constitution du 28 novembre 1898; on en a déduit que sa compétence devait être celle des Dayanims qu'il remplaçait.

Le texte essentiel est l'article 29 du décret du 26 avril 1861 ainsi conçu :

« La juridiction séculière ne connaîtra pas des affaires

entre Israélites pour ce qui regarde le mariage, les règles y relatifs, la puissance paternelle, la tutelle des orphelins, les successions, les offrandes pieuses et tout ce qui regarde leur culte. Elles doivent être jugées par les juges religieux. »

Ainsi la compétence est limitée d'une manière générale aux litiges mettant en question l'état, la capacité et les successions des israélites.

Une circulaire du 3 septembre 1872 rappelle aux rabbins qu'il leur est défendu de connaître des affaires civiles et commerciales même entre Israélites et que leur compétence ne peut s'étendre hors du statut personnel, entendu au sens large, c'est-à-dire comprenant aussi les successions.

Le Protectorat français n'a rien changé à l'institution ; il l'a laissée subsister et n'a pas touché à sa compétence. Le décret du 31 juillet 1884 relatif à la compétence des nouveaux tribunaux français fait une réserve se rapportant aux litiges de statut personnel de la compétence des tribunaux religieux.

« ARTICLE PREMIER. — Les tribunaux français connaîtront à partir de la promulgation du présent décret de toutes les affaires civiles et commerciales dans lesquelles des Européens sont en cause dans les matières où ils sont compétents actuellement lorsque des Européens sont défendeurs.

« ARTICLE 2. — Néanmoins est expressément réservé aux tribunaux religieux le règlement des contestations relatives au statut personnel ou aux successions de sujets tunisiens musulmans ou israélites. »

Les tribunaux français de Tunisie tiennent le plus souvent compte de cette règle et renvoient la cause devant les tribunaux religieux dès qu'une question de statut personnel

ou de succession leur est soumise, soit par une décision d'incompétence, soit par une décision de sursis à statuer jusqu'à solution de la question par les rabbins (jugement Tunis, 26 décembre 1894, Berge, 1897, p. 266 ; arrêt Alger, 3 novembre 1909, p. 9 ; jugement Tunis, 24 octobre 1919, Berge, 1920, p. 350).

Mais souvent aussi les tribunaux français lorsqu'il y a un Européen en cause, et que le procès soulève incidemment une question d'état, de capacité ou de succession la résolvent en appliquant la loi religieuse.

Ils peuvent utiliser pour cela l'article 8 du décret du 28 novembre 1898 : « Le tribunal rabbinique ne reçoit aucune instance portée devant une autre juridiction régulière à moins que cette autre juridiction ne se soit dessaisie sans la trancher. » Ce texte paraît donner aux tribunaux français saisis incidemment d'une question d'état de capacité ou de succession, la faculté soit de la trancher soit de surseoir à statuer jusqu'à solution de la dite question par les tribunaux religieux.

Quel que soit le parti adopté dans cette controverse, il semble que le résultat doive être le même, à savoir l'application de la loi religieuse en matière de successions israélites.

II. — CHARAA OU TRIBUNAL RELIGIEUX MUSULMAN

Ce tribunal a été organisé par décret du 14 novembre 1856 complété et modifié par les décrets du 6 avril 1874, 22 décembre 1874, 8 février 1876.

Il siège à Tunis, il a sa tête le Cheikh El Islam et deux cadis appliquant chacun un rite différent.

Il fait application :

1° Du Coran qui est la parole de Dieu révélée à son prophète Mohamed, de même que la Thora est la parole de Dieu révélée à Moïse pour les israélites;

2° La Sounnat, ensemble de traditions inspirées des actes et des paroles du prophète.

Il faut signaler aussi les œuvres des jurisconsultes et en particulier celles de Melek et de Abou-Hanifat qui ont donné naissance à deux rites différents, le rite malekite et le rite hanefite; — cette division a entraîné l'existence de deux cadis : l'un hanefite, l'autre malekite (Abou Hanifat : « Kou-toub Es Sitta », « les six livres ». Melek : « El Momvatta », « recueil de traditions juridiques »).

La compétence des tribunaux religieux musulmans est la même que celle des tribunaux religieux israélites vis-à-vis de leurs coreligionnaires, mais il faut y ajouter les litiges relatifs à la propriété non immatriculée.

La controverse indiquée plus haut s'élève également pour le tribunal religieux musulman; il s'agit de savoir également si les tribunaux français compétemment saisis en raison de la nationalité européenne de l'une des parties en cause doit se dessaisir au profit du charaa si une question relative à l'état, à la capacité ou aux successions de musulmans tunisiens leur est soumise incidemment.

Inutile d'ajouter que les musulmans algériens sont justiciables des tribunaux français qui leur feront cependant application de la loi musulmane dans les matières énumérées ci-dessus.

Quelles seront les conséquences de l'existence de ces institutions?

1° Les progrès du Droit international privé ont permis de détacher la notion de la juridiction saisie de celle de la loi applicable; un tribunal ne doit pas appliquer aveuglément

sa propre loi, mais au contraire, dans un sentiment supérieur de justice, doit rechercher la loi la plus qualifiée pour régir le rapport du droit qui lui est soumis.

Mais cette distinction est absolument inconnue des tribunaux religieux ; pour eux il n'y a qu'une seule loi, la loi divine avec laquelle ne peuvent évidemment entrer en conflit des lois faites par des hommes.

C'est pourquoi la compétence déterminera pour eux la loi applicable.

Dans les matières soumises aux tribunaux religieux, seule la loi religieuse sera applicable, ainsi le Droit des successions qui rentre dans leur compétence sera régi par la loi religieuse de chaque communauté.

On peut comparer ce système à celui de la personnalité des lois où sur un territoire unique coexistent plusieurs races régies chacune par sa loi particulière.

Nous avons vu ci-dessus que l'existence des juridictions consulaires, compétentes pour statuer dans les litiges intéressant leurs nationaux entraînait application de la loi nationale pour le règlement des successions de ces derniers.

Ces règles de compétence entraînaient ainsi la création d'un usage constant et qui constitue l'une des sources du Droit international privé en Tunisie, à savoir l'application en matière de successions de sa loi religieuse pour chaque membre d'une des deux communautés et de sa loi nationale pour chaque Européen.

L'usage, la règle de Droit international privé sont issus par conséquent de l'existence des tribunaux religieux et de leurs règles de compétence ainsi que de l'existence des tribunaux consulaires.

La règle de compétence juridictionnelle a créé la règle de compétence légale.

2° La loi territoriale tunisienne étant ainsi double et de nature religieuse en matière de successions peut être considérée comme absolument inapplicable à d'autres personnes que les sujets tunisiens israélites et musulmans.

Il n'y a pas à rechercher la confession des Européens pour leur faire application de la loi musulmane plutôt que de la loi israélite ; ces lois ne sont faites qu'à l'usage des fidèles et ne peuvent être appliquées à des Européens.

Cette carence de la loi civile successorale, puisque la dualité et la nature religieuse équivalent à la carence, nous permettra de prendre position très nettement sur la question du renvoi.

Parmi les excellentes raisons invoquées contre l'acceptation du renvoi, il faut en effet citer celle-ci : lorsque la loi désignée par le système de conflit de lois en matière de successions conduit à la loi du domicile, comme c'est le cas le plus fréquent, on se trouve en Tunisie en présence de deux lois de nature confessionnelle radicalement inapplicables à des sujets européens ; il y a donc impossibilité d'accepter le renvoi.

Nous donnerons à cette intéressante question des développements plus étendus ; nous nous bornons actuellement à montrer comment agit sur les problèmes les plus courants de Droit international privé l'existence des Communautés religieuses en Tunisie.

3° Le même fait va exercer une action remarquable sur la théorie dite de l'ordre public international.

En effet ces règles religieuses sont le plus souvent incompatibles avec la morale des pays civilisés et contraires certainement à l'ordre public tel que le conçoivent la plupart des pays européens : en Droit mosaïque, la veuve est tenue, lorsqu'il n'y a pas d'enfants nés du mariage, d'épouser l'un

des frères de son mari ; — si elle s'y refuse elle perd sa dot et ne peut contracter mariage du vivant de ses beaux-frères ; c'est l'institution dite du levirat ; si elle épouse son beau-frère, c'est ce dernier qui hérite de la succession du *de cujus* de préférence à tout autre héritier.

Les femmes sont absolument exclues de la succession, les filles n'ont droit qu'à une dot, la femme du *de cujus* n'a aucun droit à la succession, la mère du *de cujus* est exclue même par des parents très éloignés de la branche paternelle.

Le mari peut répudier sa femme sans aucun motif en remplissant seulement certaines conditions d'ordre pécuniaire comme la restitution de la dot.

Un non-israélite est frappé d'une incapacité absolue de recueillir tout ou partie de la succession d'un israélite.

En Droit coranique de même d'ailleurs qu'en Droit mosaïque la polygamie est permise, le mari peut répudier sa femme au moyen d'une formule sacramentelle trois fois prononcée.

La théorie de l'enfant endormi permet à l'enfant lorsque son intérêt l'exige, d'être considéré comme conçu deux ou trois ans avant sa naissance.

Toutes ces institutions sont incontestablement contraires à la morale française et doivent cependant être respectées par les tribunaux français de Tunisie, si la question de leur application se pose devant eux.

Nous avons vu en effet que toutes les questions relatives au statut personnel ou successoral des indigènes tunisiens doivent être portées devant les tribunaux religieux, mais que les tribunaux français lorsqu'un Européen est en cause ou que la question d'état ou de succession est posée non directement mais incidemment devant eux s'en saisissent souvent et leur donnent solution.

Or, il serait choquant que le simple fait de la saisine du juge, provoquée peut-être par un artifice de procédure, ait une influence sur le fond du droit, sur la loi applicable; — les tribunaux religieux auraient appliqué la Thora ou le Coran; — les tribunaux français appliqueront la même loi, comme désignée par le système de conflits des lois tunisien, mais après avoir reconnu cette compétence légale, ne pourront y subsister la loi française en invoquant la notion de l'ordre public français; — dans les deux cas la solution doit être la même, à savoir l'application pure et simple des lois religieuses, quel que soit le juge appelé à résoudre le litige.

D'autre part, nous avons vu que le Bey s'était engagé dans le traité de la Marsa à procéder à toutes réformes législatives que la France jugerait utiles; — si la France avait estimé que les lois religieuses ne devaient plus recevoir application en Tunisie, elle aurait imposé cette réforme au Bey; — si elle ne l'a pas fait, c'est qu'elle a entendu respecter les dites lois et en permettre le libre et complet fonctionnement. Les tribunaux français de Tunisie devront tenir compte de cette volonté de la France et ne pas repousser l'application des lois religieuses tunisiennes normalement compétentes, pour des raisons d'ordre public français; — ils ne doivent pas en effet oublier qu'ils ne jugent pas, ainsi que nous l'avons vu plus haut, sur un territoire français, mais sur un territoire tunisien.

Par conséquent, le premier effet au point de vue de l'ordre public sera l'impossibilité de refuser l'application de ces règles de statut personnel ou successoral de nature religieuse.

Mais d'autre part ces règles créent en Tunisie une atmosphère toute particulière; — en effet elles ne prétendent en aucune façon s'appliquer à d'autres qu'aux fidèles musulmans ou israélites; — il y a pour cela une impossibilité

tenant à leur nature religieuse; — c'est pourquoi elles admettent fort bien l'application aux autres races vivant sur le même territoire de lois qui leur sont propres et elles se désintéressent résolument de leur fonctionnement; — des lois contraires à leur morale peuvent fort bien régir l'activité des infidèles; — il n'y aura aucune raison d'en entraver le jeu; — ces infidèles en adoptant une autre loi que la loi religieuse commettent déjà l'erreur suprême; — il faut se désintéresser de leur sort voué aux pires catastrophes et ne pas intervenir pour empêcher par exemple l'application de leurs lois successorales pour des motifs d'ordre public.

Ainsi la notion de l'ordre public tunisien sera extrêmement large, beaucoup moins sévère que celle de l'ordre public français; — ce sera, comme a dit M. René Maunier dans son ouvrage sur « Les Lois françaises et les coutumes indigènes en Algérie », « non point l'ordre public continental, ni l'ordre public national, mais un ordre public colonial, un ordre public exotique, moins oppressif, moins restrictif, un ordre public composite ». Bien qu'il faille se garder le plus souvent d'étendre à la Tunisie les raisonnements relatifs à l'Algérie dont le régime est différent, la question de l'ordre public vis-à-vis des lois religieuses se pose de la même façon et doit recevoir la même solution.

Et cette notion de l'ordre public tunisien ainsi que nous le verrons plus tard, les tribunaux français devront en tenir compte, sans jamais faire intervenir celle de l'ordre public français; c'est pourquoi il devront appliquer non seulement les lois religieuses mais encore les lois étrangères normalement compétentes sans en repousser l'application au moyen de la notion d'ordre public français.

DEUXIÈME PARTIE

LES PRINCIPES

CHAPITRE PREMIER

SOURCES DES SOLUTIONS DE CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE SUCCESSIONS « AB INTESTAT » EN TUNISIE

Ainsi que nous l'avons déjà vu, il est incontestable que la Tunisie possède des dispositions de conflits de lois différentes des dispositions françaises.

Ce fait est la conséquence directe du maintien de la souveraineté tunisienne malgré les traités du Protectorat; réciproquement l'existence certaine de ces dispositions de conflits de lois tunisiennes est l'une des meilleures preuves de la subsistance de la souveraineté tunisienne.

En matière de successions *ab intestat* la solution consacrée par toutes les sources de droit international privé en Tunisie est l'application de la loi nationale du *de cuius*.

Cette règle est évidemment la plus rationnelle puisqu'elle tient compte de la véritable nature du droit de succéder, qui est un effet de la parenté et applique par conséquent aux conflits de lois relatifs aux successions la loi nationale c'est-à-dire celle qui régit les effets de la parenté et la constitution de la famille.

Un autre argument de raison permet d'approuver l'appli-

cation de la loi nationale, c'est que les règles relatives aux successions ou plus précisément à la dévolution successorale en l'absence de testament ne sont qu'une interprétation de la volonté tacite du *de cujus* et c'est bien évidemment la loi nationale qui est la plus qualifiée pour connaître l'ordre présumé de ses affections et les désirs du *de cujus* quant à la dévolution de son patrimoine; la loi nationale est la plus compétente pour rédiger ce testament probable.

La dite règle de conflit découle d'un grand nombre de sources :

- 1° Les traités;
- 2° Les coutumes;
- 3° Les textes législatifs;
- 4° La jurisprudence.

Nous allons examiner ces sources successivement.

I. — LES TRAITÉS

La plupart de ces traités ont été passés avec l'Italie soit par la Tunisie, avant l'établissement du Protectorat par le traité du Bardo du 12 mai 1881 soit par la France une fois le Protectorat installé.

Nul n'ignore en effet que l'Italie est la puissance qui convoitait le plus la Tunisie et qui s'est résignée le plus difficilement à abandonner ses idées de conquête à la suite du Protectorat français; il faut dire aussi que la Tunisie comprend dans sa population un très grand nombre d'Italiens. Ces raisons expliquent le nombre des traités; en particulier les traités passés avec la France constituent une sorte de compensation exigée par l'Italie pour reconnaître le nouvel état de choses; par ces traités l'Italie obtenait un certain nombre de concessions se rapportant tant aux

domaines d'application de sa propre loi qu'aux pouvoirs de ses Consuls.

Les principaux traités passés avec l'Italie sont les suivants :

1° Le traité du 8 septembre 1868. Dans son article 22, alinéa 6, ce traité déclare : « Les donations et les successions quand même elles auraient pour objet des biens immobiliers seront réglées suivant les lois italiennes et tunisiennes, selon que le donateur ou le défunt appartiendra à l'une ou à l'autre nation. »

Il faut noter à ce sujet que le système de conflits de lois italien contient en matière de successions une règle analogue à la règle tunisienne, à savoir l'application de la loi nationale.

Le traité ci-dessus avait ainsi pour objet de créer en Tunisie ou plutôt de consacrer légalement la même règle; il y avait ainsi unification entre les systèmes italien et tunisien

Remarquons dans ce traité les mots : « Quand même elles auraient pour objet des biens immobiliers. » En effet, l'autre système classique de conflits de lois en matière de successions prend pour règle l'application de la loi de la situation des biens; c'est en particulier la disposition française; ce système considère que la préoccupation de l'intérêt personnel du *de cuius* et de sa famille doit s'effacer devant les conceptions économiques et politiques de l'État sur le territoire duquel se trouvent les biens. Le traité a voulu souligner qu'il entendait rejeter formellement le système en question, celui de la *lex rei sitæ*.

2° Le protocole du 24 janvier 1884 entre la France et l'Italie.

Ainsi que nous l'avons vu plus haut, l'Italie consentait par ce protocole à la suppression de sa juridiction consulaire dont les pouvoirs étaient dévolus aux tribunaux français récemment créés.

L'Italie ne se résigna à cette abrogation que moyennant certaines concessions et en particulier moyennant la promesse que dans certaines matières de Droit, la loi italienne continuerait à s'appliquer. L'article 4 du protocole en question porte : « Les nouveaux tribunaux prendront pour règle l'application de la loi italienne... pour les matières sus énoncées dans l'article 22 du traité précité, à savoir : statut personnel et rapport de famille, successions, donations et en général toutes les matières réservées par le droit international privé à la législation de chaque étranger. » Ce protocole suscite la remarque suivante : Il n'est intervenu que pour consacrer un état de choses déjà existant; il ne constitue qu'un engagement de la France de respecter la situation des Italiens antérieure au Protectorat.

Dans le traité du Bardo (1881) la France s'était bien portée garante de l'exécution des traités existant entre la Tunisie et les puissances européennes.

Cet engagement suffisait pour obliger la France à respecter un système de conflits de lois dont bénéficient l'Italie et les autres puissances.

Mais ce n'était là qu'une sorte de stipulation pour autrui puisque l'Italie n'était pas partie au traité; c'est pourquoi l'Italie a tenu à recevoir les mêmes engagements par un traité directement passé avec la France.

3° La convention consulaire passée entre la France et l'Italie à la date du 28 septembre 1896.

Cette convention précise de nouveau le principe de l'application de la loi nationale en matière de successions *ab intestat*.

4° Les traités passés avec l'Angleterre les 10 octobre 1863 et 19 juillet 1895.

Il faut remarquer que la France bénéficie automatiquement

dans tous les cas des avantages accordés aux autres nations en raison du traité franco-tunisien du 15 novembre 1824 qui a concédé pour l'avenir à la France les avantages de la nation la plus favorisée.

II. — LA COUTUME

Cette coutume qui conférait à la loi nationale le droit de régler les successions existait bien avant le Protectorat en raison des diverses races qui cohabitaient sur le sol tunisien et des institutions qui étaient nées par suite de la coexistence de ces races. Il faut toujours avoir présents à l'esprit pour comprendre les problèmes du Droit international privé en Tunisie les deux faits suivants :

1. Les races indigènes sont au nombre de deux en Tunisie : la race juive et la race musulmane et ces deux races ont une religion absolument différente. La différence a été si marquée qu'il a été impossible à l'État tunisien de créer dans certaines matières de Droit un droit unique ; il lui a même été impossible de donner à un tribunal unique même appliquant deux lois différentes la connaissance des litiges s'élevant dans les dites matières parmi les éléments indigènes de la population.

Il y a en conséquence deux tribunaux : le Charaa et le tribunal rabbinique qui appliquent tous deux une loi religieuse à leurs ressortissants.

Parmi les matières dont ces tribunaux religieux ont à connaître figurent des questions d'état, de capacité et de successions.

Par conséquent, en ne considérant que les races indigènes l'usage était que chaque individu eût sa succession réglée par sa loi religieuse ; on ne peut parler ici de loi nationale à

proprement parler puisqu'il en existe deux et qu'il n'y a qu'une seule nation, la nation tunisienne.

Quand des étrangers s'installèrent en Tunisie; il ne pouvait en aucune façon être question d'appliquer à leurs biens situés en Tunisie la loi territoriale puisque :

1° La loi territoriale n'était pas unique mais qu'il y avait bien deux lois territoriales entre lesquelles il n'y avait aucune raison de choisir ;

2° Ces lois territoriales étaient de nature religieuse et ne pouvaient convenir aux Européens. Il y avait autant de répugnance pour les indigènes à appliquer une loi d'origine divine à des infidèles que pour les dits infidèles à se voir appliquer des institutions absolument contraires à leur morale.

C'est pourquoi en l'absence de lois territoriales la seule solution possible était l'application de leur loi nationale.

2. Ainsi que nous l'avons vu plus haut les Capitulations avaient eu pour effet de remettre aux Consuls certains pouvoirs de juridiction et en particulier les litiges relatifs aux successions de leurs nationaux. Or en pareil cas il était naturel que les Consuls appliquassent leur loi nationale.

Ces deux faits essentiels expliquent d'une façon parfaite l'existence de la coutume donnant compétence à la loi nationale pour le règlement des successions.

Ainsi la règle de Droit international privé surgissait spontanément de la nature même du milieu; l'application de la loi nationale en matière de successions résultait de la saisine des diverses juridictions fonctionnant sur le sol tunisien avant le protectorat.

Il n'y avait pas une règle positive de Droit international privé donnant compétence à la loi nationale mais seulement un état de fait : diverses juridictions appliquant toujours la

loi nationale du *de cujus* au règlement des successions.

Lorsque la France a établi son protectorat, elle n'a pu que constater cet état de fait et l'existence de cette règle; il n'y avait d'ailleurs pas lieu de la modifier, tant en raison des engagements contractuels pris par la France à l'égard des autres puissances que de l'impossibilité d'édicter en Tunisie une règle semblable à celle de la loi française, puisque la loi territoriale était double et de nature religieuse; d'ailleurs le caractère éminemment rationnel de cette coutume commandait impérieusement son maintien.

La France et les tribunaux français se sont donc contentés d'accepter l'existence de cette coutume et de la règle de Droit international privé qu'elle consacrait.

III. — LA LOI ÉCRITE

Nous avons parlé dans notre première partie de la carence de la loi territoriale tunisienne; le législateur tunisien n'a édicté des règles territoriales que pour un certain nombre de matières que la pratique lui commandait avec force de réglementer, ainsi sa législation relative aux immeubles, aux fonds de commerce, au moratorium, à la propriété commerciale...

Inutile de dire qu'il n'a pas pensé à poser les règles de conflits de lois.

Même en France les juges n'ont nullement à leur disposition un Code de droit international privé; ils sont obligés pour constituer un corps de doctrine de fouiller le Code civil et le Code de procédure civile; ils trouvent leur principale source dans l'article 3 du Code civil, texte si étroit, si laconique, si incomplet qu'il faut réellement se livrer à des prodiges d'interprétation pour y discerner les règles fon-

damentales de la doctrine française. Nous ne parlons bien entendu ici que de cette source essentielle que constitue la loi écrite. Il n'est que trop évident que le Droit international privé français s'est surtout construit sur la coutume, la jurisprudence et les travaux de la doctrine.

En Tunisie il n'y a pas malgré la fréquence des questions qui se posent un Code de droit international privé.

Pour le règlement des successions il faut se référer à deux textes essentiels qui d'ailleurs ne visent les successions qu'incidemment.

Le premier est l'article 2 du décret beylical du 31 juillet 1884 (V. Lagrange et Fontana, *Codes et lois de la Tunisie*, t. I, p. 50).

Ce décret est relatif seulement à la compétence des nouveaux tribunaux français.

Ainsi c'est de nouveau dans un texte de procédure qu'on trouve ces règles fondamentales se rapportant au fond du droit que sont les règles de conflits!...

Tout l'effort des auteurs de Droit international privé a tendu à desserrer les rapports entre le juge saisi et l'application de la loi compétente; le progrès de cette branche du droit consiste justement dans la mesure où il est admis qu'un juge peut appliquer une autre loi que la sienne.

Et cependant ainsi que nous l'avons dit c'est un texte de procédure relatif à la compétence des différents tribunaux qui pose la règle de fond relative aux successions.

Ce texte est le suivant :

« Les tribunaux français connaîtront à partir de la promulgation du présent décret de toutes les affaires civiles et commerciales dans lesquelles des Européens seront en cause dans les matières où ils sont compétents, actuellement lorsque des Européens sont défendeurs.

« Néanmoins sont expressément réservés aux tribunaux religieux le règlement des contestations relatives aux statuts personnels et aux successions des sujets tunisiens, musulmans ou israélites. »

Ce texte appelle les remarques suivantes :

1° Il ne dit pas expressément que les successions seront régies par la loi nationale du *de cuius* ; — il dit seulement que comme par le passé les israélites et les musulmans de nationalité tunisienne verront leurs contestations relatives au statut personnel et aux successions tranchées par leurs tribunaux religieux respectifs ; — or ces tribunaux n'appliquant que leur loi, autant dire que les successions continueront comme par le passé à être régies par la loi personnelle du *de cuius* ; — nous employons à dessein ce terme de loi personnelle car il est difficile de dire que les lois religieuses relatives aux successions et au statut personnel soient des lois territoriales ; — il y a bien plutôt là une idée de personnalité des lois qui ressemble fort, sans toutefois se confondre avec elle, avec l'idée de loi nationale.

2° Ce texte ne permet de résoudre que les conflits entre la loi française et les deux lois religieuses ; — mais l'existence des traités, des coutumes et de l'autre texte législatif dont il va être parlé permet aux tribunaux de l'interpréter d'une façon extensive et de dire qu'il en résulte implicitement que les Européens conservent leur ancien régime.

De même que le protectorat n'a apporté aucun changement au règlement des successions tunisiennes, de même le *statu quo* subsiste au bénéfice des Européens.

Le deuxième texte est l'article 2 de la loi foncière du 1^{er} juillet 1885 modifiée par décret du 16 mai 1886 (notons en passant que ce texte est appelé improprement loi foncière puisque c'est un texte législatif tunisien ; il devrait plutôt

porter le nom de décret) ; ce texte déclare (V. Lagrange et Fontana, *Codes et lois de la Tunisie*, t. I, p. 7 et suiv.) :

« Les dispositions du Code civil français qui ne sont contraires ni à la présente loi ni au statut personnel, ni aux règles de successions des titulaires de droits réels immobiliers s'appliquent en Tunisie aux immeubles immatriculés et aux droits réels pour ces immeubles. »

Examinons bien ce texte ; — il se trouve dans la loi foncière qui a donné un nouveau statut de caractère purement facultatif, aux immeubles situés en Tunisie ; — il déclare que les dispositions du Code civil français compléteront la loi en question et s'appliqueront au cas de lacune de la loi foncière et à condition qu'elles ne soient pas contraires à l'esprit de cette loi.

Mais il résulte aussi de cet article que l'état, la capacité et les successions des titulaires de droits réels immobiliers continuent à être gouvernés par la loi nationale des dits titulaires.

Le législateur a voulu dissiper l'équivoque pouvant résulter de l'application du Code civil français aux immeubles immatriculés ; il précise que ce sont nullement les dispositions du Code civil français relatives à l'état, à la capacité et aux successions des titulaires de droits réels portant sur les immeubles immatriculés qui doivent recevoir application mais seulement les dispositions du Code civil français relatives au régime des biens et à titre de loi complémentaire.

Ainsi le texte en question sépare les deux ordres de questions : le premier comprend l'état, la capacité et les règles de successions des titulaires de droits et reste soumis à l'application de la loi nationale, le deuxième qui comprend les droits réels proprement dits est soumis à l'application de

la loi territoriale et au Code civil français à titre subsidiaire. Ainsi le Conservateur de la propriété foncière doit toujours distinguer les deux ordres de questions ainsi différenciés et faire application soit de la loi nationale soit de la loi territoriale.

Ce texte affirme ainsi le maintien et par conséquent l'existence de la règle de l'application de la loi nationale en matière de successions ; — il faut remarquer qu'il ne parle seulement que des successions relatives aux biens immatriculés en vertu de la loi foncière, mais il est facile de se rendre compte que le législateur implicitement, a consacré la règle de l'application de la loi nationale à tous les biens de la succession, quelle que soit la composition de l'actif.

IV. — LA JURISPRUDENCE

Il faut à ce sujet rendre hommage aux magistrats qui ont les premiers eu la mission de dégager en Tunisie, en l'absence de textes précis et systématiques, les données fondamentales et les solutions des délicats problèmes des conflits de lois.

Malgré la carence des textes les tribunaux français de Tunis ont affirmé dès le début avec force l'existence de la règle qui nous intéresse, à savoir l'application de la loi nationale en matière de successions.

En particulier le président Fabry, dont l'œuvre jurisprudentielle a été remarquable et a permis de poser des règles qui aujourd'hui nous semblent élémentaires et indiscutables, a déclaré dans un grand nombre de jugements que les successions en Tunisie sont régies par la loi nationale du *de cuius*.

Ainsi son jugement du 21 février 1889 (*Revue al.* 89.2357

J. D. T. 89.675) dont le principal motif condense une partie des sources.

« Attendu que d'après les coutumes tunisiennes les successions sont régies en Tunisie même en ce qui concerne les biens immeubles par la loi nationale du défunt ;

« Attendu que ce principe a été consacré par le traité passé entre l'Italie et la Tunisie le 8 septembre 1868 et a été étendu par l'usage à tous les étrangers, et qu'il est particulièrement applicable aux Français en vertu du traité du 15 novembre 1824 qui leur a concédé pour l'avenir tous les avantages de la nation la plus favorisée. »

Voir aussi le jugement du tribunal de Tunisie du 27 juin 1900 (Berge, 1900, p. 632).

Dans ce jugement la règle est affirmée de nouveau mais aux arguments invoqués dans la décision ci-dessus à savoir l'existence des traités et l'existence des coutumes, la dite décision en ajoute un autre, d'importance très grande à savoir l'article 2 de la loi foncière.

Il ne nous paraît pas utile de poursuivre l'examen des différentes décisions rendues en cette matière qui affirment toutes avec netteté que les traités, les usages suivis en Tunisie et les textes législatifs conduisent à une solution certaine à savoir l'application de la loi nationale du *de cuius* pour le règlement des successions *ab intestat*.

CHAPITRE II

THÉORIE DU RENVOI EN TUNISIE

Cette question classique du Droit international privé est bien connue et se pose fréquemment en pratique : on suppose qu'un système de conflits de lois désigne pour régir un rapport de droit déterminé une loi étrangère quelconque ; — cette loi étrangère par hypothèse contient dans son propre système de conflits de lois une disposition faisant dépendre la solution du même rapport de droit d'une loi différente.

On remarquera que ce problème est d'ordre général et peut se présenter lors de l'examen de n'importe quelle institution ; — on se rendra compte également que le renvoi peut se produire au moyen d'un simple retour à la loi première ou au contraire par voie de soumission du rapport de droit à une loi tierce.

Le renvoi peut donc être un renvoi en retour ou un renvoi plus éloigné.

Faut-il accepter le renvoi et faire application de la disposition de droit interne désigné en dernière analyse, faut-il au contraire refuser le renvoi et appliquer la loi étrangère désignée par le premier système de conflit ?

De très bons esprits se prononcent en France pour la non acceptation du renvoi et c'est la théorie qui nous paraît la meilleure (V. *Bartin, Principes de Droit international privé*, t. I, p. 200 et suiv. ; *Pillet et Niboyet, Manuel de Droit inter-*

national privé, p. 379 et suiv. ; Lainé, *Revue Lapradelle*, 1907, p. 331 à 335) ; elle se base sur deux arguments essentiels :

1° Le premier argument nous apparaît absolument déterminant : un système de conflit des lois n'est édicté que pour délimiter les domaines d'application respectifs de la souveraineté du pays et des souverainetés étrangères ; si dans un cas quelconque la loi française décide de faire place à une loi étrangère c'est qu'elle estime que la souveraineté de l'État français doit s'effacer en raison de la nature du rapport de droit envisagé devant la souveraineté d'un autre État ; — un système de conflit n'est pas édicté pour régler des rapports de droit ; — il n'existe que pour régler la question préalable de la loi applicable ; — c'est une sorte de distributeur donnant à chaque souveraineté sa part dans le règlement des situations juridiques. Il a en somme pour objet de tracer les limites de la souveraineté française, si l'on considère par exemple le système français.

Or, lorsqu'une disposition de conflit des lois françaises désigne une loi étrangère, c'est pour que les dispositions de droit interne de cette loi s'applique au rapport de droit envisagé : si on fait application du système de conflit des lois étranger qui renvoie par hypothèse à une autre loi, on viole tout simplement les dispositions de conflits des lois françaises ; — on aboutit à ce résultat singulier qu'on fait application du système de conflit étranger de préférence au système français. Ainsi pour régler les domaines respectifs des souverainetés de chaque État, on écoute les suggestions de l'étranger plutôt que celle du législateur local.

Il faut par conséquent s'en tenir à l'application pure et simple du système de conflits des lois français ; — on peut adopter cette formule qu'il y a lieu de faire application de la

loi étrangère, mais seulement des dispositions de droit interne de la loi étrangère qui règle les rapports de droit envisagés et non du système de conflits de lois de ce pays étranger.

Les étrangers lorsqu'ils sont en France ne peuvent être jugés comme ils le seraient dans leur pays d'origine ; — ils sont sur un territoire qui leur est étranger et sont soumis aux principes légaux applicables sur ce territoire.

Le raisonnement valable pour la France peut être étendu à n'importe quel autre pays.

2° Le deuxième argument est un argument de raison qui a également une force très grande : l'acceptation du renvoi conduit lorsque le raisonnement est poussé jusqu'au bout à de véritables absurdités ; on a montré ci-dessus que le renvoi pouvait revêtir une forme simple, c'est le renvoi en retour, mais qu'il pouvait aussi revêtir une forme plus compliquée, c'est le renvoi au deuxième degré, c'est-à-dire non plus le renvoi à la loi première mais à une loi tierce. Or cette loi tierce contient, elle aussi, deux sortes de dispositions : des dispositions de Droit interne et des dispositions de conflits. Or si on a accepté le renvoi la première fois il faut continuer à l'accepter. On devient ici esclave de son raisonnement car il faut ou bien l'abandonner dès le début ou bien le suivre partout où il jugera bon de vous amener.

Or voici que par hypothèse le système de conflit de cette troisième loi renvoie à une quatrième loi.

Les partisans du renvoi commencent ici à trouver que leur théorie est bien dangereuse ; comment conserver toute sa confiance à une théorie qui vous conduit si loin.

Mais où la dite théorie se révèle un déplorable guide, ce qui montre bien qu'elle est fausse, c'est l'hypothèse dans laquelle l'un des systèmes de conflit de lois rencontré au

cours de notre voyage renverrait lui-même à l'un des premiers systèmes rencontrés avant lui.

Ce n'est plus alors un chemin trop long, mais bien une impasse.

Malgré ces excellentes raisons, la jurisprudence française a accepté le renvoi, mais n'a pas osé pousser trop loin le raisonnement et s'est contentée de s'arrêter arbitrairement au renvoi du premier degré.

On connaît bien les décisions classiques rendues dans l'affaire Forgo (Pau, 14 mars 1874, Clunet, 1875, 337, Cass., 5 mai 1875. Clunet, 1875, 338. Bordeaux, 24 mai 1876. Sirey, 1877, 2.209, Cass., 24 juin 1878. Clunet, 1879, 285. Toulouse, 22 mai 1880. Clunet, 1881, 61. Cass., 22 février 1882. Clunet, 1883, 64).¹

Forgo, sujet bavaïois, décédé en France laissant un actif composé surtout de meubles ; — il avait conservé son domicile de droit de son pays d'origine et n'avait en France qu'un domicile de fait. Quelle loi devait régler sa succession?... Suivant le système de conflits de lois français, la succession mobilière d'un individu est régie par la loi du lieu où se trouve son domicile de droit. Il fallait par conséquent appliquer la loi bavaïoise. Or, le système de conflits de lois bavaïois fait dépendre la succession de la loi du domicile de fait, c'est-à-dire en l'espèce de la loi française. Fallait-il appliquer la loi bavaïoise sans tenir compte du système de conflits de cette dernière loi, ou au contraire accepter le renvoi fait ainsi par la loi bavaïoise à la loi française et appliquer cette dernière?... Les juges se sont décidés pour cette dernière solution et ont appliqué la loi interne française, contrairement au système de conflits français.

On éprouve un certain embarras à constater que cette solution attribuait en l'espèce la succession au fisc français,

le *de cujus* étant un enfant naturel et n'ayant laissé que des collatéraux de sa mère naturelle, exclus par la loi française mais admis à succéder par la loi bavaroise.

Comment va se poser le problème en Tunisie?... d'une façon infiniment plus compliquée.

Il y a en effet en Tunisie des éléments de complication qui n'existent pas dans les autres pays.

Ces éléments ont été étudiés plus haut ; — résumons-les brièvement :

1° La loi territoriale n'existe pas à proprement parler en Tunisie en matière de succession et de statut personnel. On n'y trouve que deux lois de nature religieuse, la loi mosaïque et la loi musulmane qui s'appliquent respectivement à deux éléments déterminés de la population : la loi mosaïque s'applique à la Communauté juive et la loi musulmane à la Communauté musulmane.

Il n'y a pas ainsi une loi territoriale, mais bien deux lois territoriales.

D'autre part ces deux lois territoriales sont de nature essentiellement religieuse et destinées à s'appliquer uniquement aux fidèles.

2° Il existe en Tunisie des tribunaux français qui ne sont ni les tribunaux français de la métropole ni uniquement les héritiers des juridictions consulaires.

Il faudra bien tenir compte de ces deux faits lors de la discussion qui va suivre ; — ils nous conduiront de plus fort à rejeter l'application du renvoi.

Pour nous guider dans la discussion, étudions une espèce examinée par la jurisprudence, celle de l'affaire A. (jugement du tribunal civil de Tunis en date du 12 juin 1933, Berge 1933, p. 388), confirmé par arrêt de la cour d'appel d'Alger.

M. A..., sujet anglais avait épousé une Italienne; cette dernière demande la séparation de corps; — il devait être fait application de la loi anglaise, loi nationale du mari.

Or les dispositions de conflits de la loi anglaise renvoient à la loi du domicile des époux.

Fallait-il refuser le renvoi et faire application de la loi anglaise interne, fallait-il au contraire l'accepter et faire application de la loi du domicile des époux?...

Il faut remarquer que si l'on accepte le renvoi, il faut se demander quelle est la loi de renvoi; car ainsi qu'on l'a vu ci-dessus, la loi territoriale n'existe pas en matière de statut personnel et de succession.

Les décisions rendues dans cette affaire ont accepté le renvoi, et ont choisi arbitrairement comme loi territoriale la loi mosaïque, sous prétexte que le mari était de religion israélite; la femme a été ainsi déboutée de sa demande, la loi mosaïque ignorant la séparation de corps.

La question se pose de la même façon pour les successions.

La cour d'appel d'Alger a été saisie de la question du renvoi en matière de successions; elle a accepté le renvoi mais a adopté une solution différente quant au choix de la loi de renvoi. Tantôt elle a déclaré, comme dans l'affaire ci-dessus que la loi de renvoi pour des sujets de confession israélite était la loi mosaïque (arrêt du 12 janvier 1931, Berge 1931, p. 110); tantôt elle a déclaré que la loi de renvoi était la loi française, loi du tribunal saisi (arrêt du 12 mai 1926, Berge 1926, p. 244).

Il nous paraît intéressant d'examiner ces deux arrêts qui constituent les deux principales sources des solutions adoptées en Tunisie en matière de renvoi.

Le premier a été rendu le 12 mai 1926 dans une affaire Cohen.

Les faits étaient les suivants : Cohen sujet anglais israélite ayant son domicile en Tunisie y décède laissant ses frères, sa sœur et sa femme ; les frères déclaraient :

1° Que la loi applicable à la dévolution de la succession était la loi nationale c'est-à-dire la loi anglaise ;

2° Que la loi nationale, en l'espèce la loi anglaise, renvoyant pour le règlement de la succession à la loi du domicile du défunt, il y avait lieu d'accepter le renvoi et de choisir comme loi du domicile la loi mosaïque ; or, la loi mosaïque excluant les femmes, ils étaient seuls héritiers.

La femme de son côté :

1° Reconnait que la succession devait être régie par la loi nationale c'est-à-dire la loi anglaise mais déclarait qu'il n'y avait pas lieu d'accepter le renvoi ;

2° Qu'au cas où le renvoi aurait été accepté, il y avait lieu de dire que la loi du domicile était la loi française.

Nous laissons de côté ce qui ne concerne pas cette espèce de question des successions ; — en effet la femme disait tout d'abord qu'il y avait lieu de déterminer la masse successorale, et pour cela de liquider au préalable la communauté qui aurait existé entre elle et son mari ; — elle disait en effet que puisque les époux s'étaient mariés sans contrat sur un territoire tunisien soumis à la domination française, leur intention était d'accepter le régime légal français.

Disons tout de suite sur cette dernière question que l'arrêt a très correctement déclaré que la loi applicable au régime matrimonial était la loi que les parties avaient entendu choisir, qu'en raison du fait qu'ils s'étaient mariés devant le Consulat d'Angleterre, ils avaient voulu choisir le régime légal anglais.

Mais supposons la masse successorale déterminée et examinons comment l'arrêt en a réglé la dévolution :

« Attendu qu'aux termes de la législation anglaise la dévolution de la succession mobilière d'un sujet britannique décédé *intestat* à l'étranger est régie par la loi en vigueur dans le pays où il était au moment de son décès domicilié *animo manendi* ;

« Attendu qu'aucun texte ne s'oppose à ce que cette règle soit appliquée par les tribunaux français lorsqu'il s'agit de la succession mobilière d'un sujet anglais, domicilié et décédé *intestat* dans la Régence de Tunisie ;

« Attendu en effet que si des termes de l'article 3 du Code civil il résulte implicitement que cette succession est régie par la loi nationale du défunt, cette loi nationale doit être considérée comme représentée par celle du domicile du défunt au moment de sa mort puisque d'après la législation anglaise c'est cette loi qui doit régir la succession mobilière ;

« Attendu par suite que la succession mobilière de Cohen doit être dévolue conformément aux lois en vigueur dans la Régence de Tunis. »

Arrêtons-nous un instant car il est intéressant de dénoncer une double erreur à la cour d'Alger qui a permis cependant d'aboutir à une solution exacte tout au moins quant à la détermination de la loi applicable en premier lieu, sans qu'il s'agisse encore de renvoi.

En effet la cour d'Alger dit :

1° C'est l'article 3 du Code civil, c'est-à-dire le système de conflits de lois français qui doit s'appliquer en l'espèce ;

2° Cet article 3 désigne la loi nationale du *de cujus* pour régler la dévolution du patrimoine.

Ainsi, comme nous le disions, double erreur :

1° Ce n'est pas le système de conflits de lois français, mais le système de conflits de lois tunisien, qui doit être appliqué en l'espèce ;

2° L'article 3 du Code civil ne désigne nullement la loi nationale pour régler la dévolution du patrimoine.

Mais ces deux erreurs s'annulent l'une l'autre et l'arrêt aboutit à une solution exacte, à savoir que c'est la loi nationale du *de cuius* qui doit s'appliquer pour le règlement de la succession.

Une fois ce principe admis, à l'aide, comme nous l'avons vu de prémisses fausses l'arrêt ne fait aucune difficulté pour admettre qu'il y a lieu d'accepter le renvoi que fait la loi anglaise à la loi du domicile.

Il l'accepte sans en donner aucune raison.

La deuxième question qui se posait alors à la Cour était de savoir quelle était la loi du domicile.

Grave embarras et qui démontre nettement les difficultés auxquelles conduit l'acceptation du renvoi; l'arrêt a choisi comme loi de renvoi, la loi française, loi du juge saisi.

« Attendu dit l'arrêt, que la loi que les tribunaux français de Tunisie ont la mission d'appliquer aux sujets des nations européennes, quelle que soit leur religion, est la loi française et non la loi mosaïque qui n'est applicable qu'aux indigènes tunisiens israélites;

« Attendu que c'est dès lors la loi française qui doit régir la succession d'un sujet britannique domicilié et décédé *ab intestat* dans la Régence, quelle que soit sa religion et non la loi mosaïque.

L'arrêt, à notre sens, a parfaitement raison lorsqu'il écarte l'application de la loi mosaïque; il fait fort bien de souligner qu'il n'y a pas lieu de rechercher la religion d'un individu pourvu d'une nationalité qui n'est pas la nationalité tunisienne.

Il estime justement que la loi mosaïque ne peut s'appliquer qu'aux israélites tunisiens.

Mais là où il nous paraît faire fausse route, indépendamment de l'acceptation du renvoi qui nous paraît erronée c'est lorsqu'il adopte comme loi de renvoi la loi française. Il ne faut pas oublier en effet que la loi française est bien applicable en ce qui concerne le fonctionnement proprement dit des juridictions françaises (procédure, administration des preuves, etc...) mais n'a aucun titre pour s'appliquer plutôt que toute autre loi étrangère.

Il faut bien se dire en effet que juridiquement la loi française est une loi étrangère en Tunisie.

Le deuxième arrêt que nous examinerons plus brièvement a été rendu le 12 janvier 1931 par la cour d'appel d'Alger (*Journal des T. T.*, 1931, p. 110); — le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par arrêt de la Cour de Cassation en date du 7 novembre 1933 (*Dalloz Hebdomadaire*, 7 décembre 1933, p. 570).

Rebbi Abraham Benattar était sujet anglais, il s'était installé à Tunis *animo manendi*; — il y est mort en 1850; — ses fils, à l'exclusion des filles, ont appréhendé la succession.

Les descendants des filles prétendaient que la loi nationale du *de cucus*, soit la loi anglaise, était seule applicable et que cette loi anglaise ne faisant pas de différence en raison du sexe, il y avait lieu de leur restituer la part de succession appréhendée à tort.

L'arrêt a accepté le renvoi comme celui cité plus haut, mais a déclaré que la loi de renvoi devait être la loi mosaïque et non la loi française.

Le renvoi est accepté sans aucune discussion théorique. La seule question qui se pose pour l'arrêt est celle du choix de la loi de renvoi.

Il adopte la loi mosaïque en se basant sur de vagues arguments de traditions de races et de familles.

Il y a cependant deux attendus qui auraient pu donner lieu à une discussion plus ample et plus féconde :

« Attendu que l'appelant soutient, appuyé sur une consultation de M. André Weiss qu'en pays de capitulations le renvoi a pour effet en raison de la fiction d'exterritorialité qui résulterait du privilège de législation, de soumettre la succession non pas à la loi locale, mais à la loi personnelle du *de cujus*.

« Attendu au contraire que les intimés prétendent qu'en renvoyant à la loi du domicile la loi nationale du *de cujus* s'exclue elle-même, que le domicile soit établi en pays de capitulations, ou en pays de pleine souveraineté ».

Nous disons que pour les parties aussi bien que pour les juges il ne s'agissait là que de la question du choix de la loi de renvoi.

Il nous paraît cependant, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, que l'argument des appelants, à savoir la subsistance des juridictions consulaires, peut conduire à la non acceptation du renvoi, car il semble que les Consuls par la fiction d'exterritorialité, auraient jugé comme en Angleterre et appliqué la loi anglaise interne.

Ainsi pour nous résumer, la jurisprudence actuelle accepte le renvoi, mais tantôt accepte comme loi de renvoi la loi française tantôt la loi mosaïque ; — il semble cependant qu'elle se soit arrêtée davantage à ce dernier parti.

N'oublions pas qu'elle n'a appliqué la loi mosaïque que parce qu'il s'est trouvé que la religion de la personne considérée était israélite.

Toutes les suppositions sont permises sur le point de savoir comment elle s'orientera quand elle se trouvera en présence d'un individu ayant une religion différente.

Ces solutions me paraissent critiquables au plus haut chef :

1° En raison des deux arguments exposés ci-dessus en faveur du refus du renvoi ; ces deux arguments jouent aussi bien en France qu'en Tunisie ;

2° L'acceptation du renvoi en matière de successions et de statut personnel en Tunisie conduit le plus souvent à la loi du domicile ; — or, l'incertitude la plus grande règne pour désigner la loi du domicile.

Il n'y a à ce sujet qu'à signaler la différence de jurisprudence de la cour d'Alger.

Appliquera-t-on la loi française?... la loi française ainsi que nous l'avons vu n'a aucun titre pour s'appliquer ; — les tribunaux français en Tunisie ne sont pas en France, mais en Tunisie, pays étranger par rapport à la France ; la fiction d'exterritorialité suivant laquelle les tribunaux français de Tunisie sont censés se trouver en territoire français a été abandonnée par la plupart des théoriciens.

Doit-on appliquer la loi territoriale... on ne trouve alors que deux lois d'essence religieuse applicables aux seuls Juifs et aux seuls musulmans. Il faut alors se mettre à la recherche de la religion du *de cujus* s'il s'agit de successions.

Et cette recherche elle-même est absolument inadmissible.

Les lois des puissances civilisées ont tendu depuis longtemps à se détacher de la religion ; — on considère actuellement comme un immense progrès le fait que la loi ne se préoccupe en aucune façon de la religion de ses ressortissants, et ne tient compte que de sa nationalité.

Or l'acceptation du renvoi en Tunisie conduit à ce singulier résultat d'obliger les juges à se livrer à ce travail de psychologie que constitue la recherche de la religion.

Et la solution de la jurisprudence d'Alger paraît encore plus singulière si l'on songe que le sujet envisagé peut n'être

ni israélite ni musulman. Dans les deux espèces examinées par la cour d'Alger (12 mai 1926 et 12 janvier 1931) il s'est trouvé que le sujet était israélite ; mais ce n'est là qu'une circonstance fortuite, et qui peut fort bien ne point se rencontrer.

On peut en effet supposer que le sujet en question appartient à la religion chrétienne ; — on peut aussi choisir parmi la gamme infinie des religions et supposer que le sujet se soit pris d'une brusque passion pour la religion de Bouddah.

Va-t-on alors se mettre à la recherche difficile de la conception religieuse qui a le plus fortement influencé le sujet, et une fois cette religion trouvée, va-t-on se demander à laquelle des deux lois territoriales elle ressemble le plus, à la musulmane ou à la juive ?...

Ainsi on le voit, de même que l'acceptation du renvoi dans des pays autres que la Tunisie, conduit, une fois poussée à bout à des conséquences absurdes, de même en Tunisie ce nouvel élément de complication qu'est la carence de la loi territoriale entraîne les partisans du renvoi à des conséquences encore plus singulières.

A l'impossibilité de s'arrêter théoriquement dans l'acceptation du renvoi qui se rencontre partout s'ajoute en Tunisie une autre impossibilité aussi grave : celle de déterminer rationnellement la loi de renvoi, quand il s'agit d'un renvoi en retour.

M. Martin qui repousse le renvoi en France le trouve parfaitement normal en Tunisie, malgré l'empêchement ci-dessus.

Il a exprimé son opinion dans une intéressante consultation donnée dans l'affaire A. exposée ci-dessus qui a vraisemblablement entraîné la conviction du tribunal.

Il raisonne de la manière suivante :

Les tribunaux français de Tunisie sont les héritiers des juridictions consulaires. L'établissement du Protectorat n'a nullement eu pour conséquence de supprimer les pouvoirs des juridictions consulaires, mais seulement de les grouper et de les remettre aux tribunaux français de Tunisie ; — ceux-ci doivent donc juger comme auraient jugé les Consuls. — Or pour les justiciables des Consuls le principe d'exterritorialité joue bel et bien, ils sont censés être chez eux et chez eux on aurait fait application de la loi désignée par les règles de conflits de lois de leur pays. Et il en conclut que la situation du problème est fort différente en Tunisie de ce qu'elle est en France, et permet l'acceptation du renvoi.

Ce raisonnement fait vraiment bon marché de l'existence des règles de conflits de lois spécifiquement tunisiennes ; -- il oublie qu'il existe une souveraineté tunisienne et que les règles de conflits de lois en ont tracé les limites par rapport aux souverainetés étrangères. Il n'y a par conséquent aucune raison de raisonner en Tunisie autrement qu'en France à ce point de vue. De même qu'en France l'application du système de conflits de lois étranger constitue une atteinte à la souveraineté française, de même en Tunisie l'application d'un système de conflits de lois étranger constitue une atteinte à la Souveraineté tunisienne.

D'autre part, ainsi qu'on l'a montré dans les développements antérieurs, il est inexact de considérer uniquement comme héritiers des juridictions consulaires les tribunaux français. — Ils ont en effet une compétence bien plus étendue et jugent d'une manière toute différente ; — on n'en veut pour preuve que l'obligation dans laquelle ils se trouvent de faire application de dispositions de conflits propres à la Tunisie, sans tenir compte des dispositions de conflits qu'utilisaient les Consuls.

Enfin pour terminer, examinons une hypothèse qui montre de façon éclatante l'impossibilité d'accepter le renvoi en Tunisie. Un Français domicilié en Tunisie est propriétaire d'immeubles tunisiens y décède ; — c'est une hypothèse des plus courantes. Les règles de conflits tunisiennes conduisent à l'application de la loi nationale, c'est-à-dire de la loi française ; — or, le système de conflits de la loi française est tout différent ; — il désigne la loi territoriale et par conséquent renvoie à la loi tunisienne. Si l'on accepte ce renvoi, on aboutit à cette solution étonnante que les successions françaises ouvertes en Tunisie seront régies par la loi mosaïque ou la loi musulmane.

Aucun juge n'accepterait de consacrer une pareille solution qui résulte cependant de l'application directe de la théorie de l'acceptation du renvoi.

Il nous paraît en conséquence inexact de dire que la nature du problème en Tunisie permet l'acceptation du renvoi.

Bien au contraire, outre les motifs juridiques valables en Tunisie aussi bien qu'en France, qui conduisent au refus du renvoi, d'autres éléments, propres à la Tunisie et principalement la nature religieuse de la loi territoriale permettent de s'opposer fermement de plus fort à l'acceptation du renvoi. Le milieu tunisien est encore plus réfractaire que le milieu français à l'application de cette théorie.

CHAPITRE III

THÉORIE DE L'ORDRE PUBLIC EN TUNISIE

La théorie de l'ordre public international ou, beaucoup plus exactement de l'ordre public national dans le domaine international, présente en Tunisie des caractères absolument originaux.

On connaît bien les grandes lignes de cette théorie dans les pays d'Europe, qui ont conservé leur souveraineté et aussi leur absolue indépendance dans tous les domaines :

On suppose qu'un conflit de lois se présente au juge d'un pays déterminé ; — ce juge fera appel pour le résoudre au système de conflits édicté par sa loi ; — on suppose que le dit système désigne pour la solution du conflit en question une loi étrangère. Il semble que le juge, une fois le conflit ainsi résolu, n'ait plus qu'à appliquer purement et simplement cette loi étrangère.

Il paraît ainsi à première vue que le Droit international privé ait alors fini de jouer son rôle et que le juge n'ait plus qu'à faire application de la loi étrangère, comme il le ferait d'un texte national, sans le discuter, sans en examiner le caractère moral ou immoral. En réalité le Droit international privé commande au juge l'examen de la loi étrangère indiquée par le système de conflits de lois ; — il lui impose de rechercher si la loi en question est conforme aux règles fondamentales sur lesquelles est basée la société dont ce juge dépend ; — il lui

impose également de rechercher si la loi étrangère en question n'est pas contraire à la morale traditionnelle du pays où il rend la justice.

Ainsi, si l'on ose dire, première anomalie qu'entraîne l'application de cette théorie de Droit international privé : le juge n'examinera pas seulement la loi étrangère dans le but de déterminer comment il faut l'interpréter, mais, aussi afin de savoir si elle est digne ou non, suivant sa conception propre ou plutôt la conception du pays qui l'a chargé de juger, de recevoir application. Supposons que le juge réponde par la négative, que se passera-t-il alors ?... le juge rejettera la loi étrangère normalement compétente en vertu de son propre système de conflits de lois et fera application de la loi interne de son pays ayant pour objet de régler le rapport de droit envisagé.

Ainsi deuxième effet de la théorie : application par le juge pour remplacer la loi étrangère normalement compétente, mais jugée indigne de s'appliquer, de la loi du pays où il rend la justice.

Pour illustrer la théorie ci-dessus, on peut fournir une foule d'exemples :

Ainsi en France les enfants naturels sont légitimés par le mariage subséquent de leurs auteurs ; — supposons que dans une espèce le système de conflits de lois français désigne pour être appliquée une disposition étrangère qui n'attache pas les mêmes effets à ce mariage subséquent ; — les juges français, estimant que cette loi étrangère contrevient au principe de la légitimation par mariage subséquent, considéré d'ordre public national, rejetteront l'application de la loi étrangère et y substitueront l'application de la loi française.

Ainsi, également, on suppose qu'une personne dont la législation nationale normalement compétente admet la poly-

gamie, se soit mariée en France quoique étant dans les liens d'un précédent mariage. Si l'on appliquait la loi nationale il faudrait dire que le deuxième mariage est valable ; mais les juges français estimant que la disposition de la loi étrangère qui admet la polygamie est contraire au principe français de la monogamie, considéré comme d'ordre public national, refuseront de faire application de la loi étrangère et, tenant compte exclusivement de la disposition de Droit français régissant le même rapport juridique, déclareront nul le deuxième mariage.

Il est absolument impossible d'énumérer les dispositions d'ordre public national qui s'imposent dans tous les cas même aux étrangers.

L'école de Mancini, dite école italienne moderne, avait procédé par voie d'énumération des dispositions d'ordre public national (v. rap. Pascal Fiore présenté à l'Institut de Droit international en 1910). Elle y avait été contrainte par le principe même sur lequel toute sa théorie est basée, à savoir que, toutes les lois, étant faites pour les personnes, sont extra-territoriales et doivent les suivre partout où elles vont. En effet cette théorie, lorsqu'elle s'est trouvée en présence de lois manifestement territoriales comme celles relatives au régime des immeubles, s'est vue dans l'obligation, pour ne pas abandonner le principe de la personnalité des droits, de les considérer comme des exceptions basées sur la notion d'ordre public national.

Ainsi la liste dressée par l'école italienne avait un caractère absolument artificiel ; elle comprenait des dispositions de nature très différente et même des lois comme celles relatives aux immeubles qui s'appliquent en vertu d'une application directe d'un système rationnel de conflits de lois et non en vertu de la théorie de l'ordre public.

De même l'Institut de Droit international qui a essayé d'approfondir la notion de l'ordre public au moyen d'une énumération a abouti à un échec complet (v. Mercier, compte rendu de la 23^e session de l'Institut de Droit international, *Rev. Lapradelle*, 1910, p. 151-171).

En effet le caractère principal de cette notion est sa contingence. Elle varie suivant les pays : le divorce admis en France n'existe pas en Italie. Elle varie dans un même pays dans les différentes époques de son histoire ; pour s'en tenir au même exemple, le divorce impossible en France avant 1884 existe actuellement dans sa législation.

M. Bartin qui a repris et mis au point la doctrine de Savigny a donné de cette idée d'ordre public une explication fort claire (*Principes de Droit international privé*, t. I, p. 239 et suiv.). Le Droit international privé, dit-il, suppose une communauté juridique entre les divers pays ; il implique une certaine harmonie dans les idées qui forment la base de l'édifice social de chacun de ces pays.

S'il se trouve qu'un pays a une forme de civilisation absolument contraire à celle des autres il ne peut plus être parlé de communauté, il cesse d'en faire partie et par conséquent ses lois ne recevront plus application dans les autres pays ; de même certains pays, qui font cependant partie de la communauté des États civilisés, peuvent avoir dans leur législation des dispositions contraires aux principes d'ordre public des autres pays ; lorsque la question de l'application de cette disposition se posera dans un autre pays, il cessera momentanément sur un point déterminé de faire partie de la communauté des nations.

Ainsi le défaut de communauté est des plus variables selon les pays considérés ; pour certains, c'est toute la législation qui sera en bloc rejetée, en raison de sa forme rudimentaire

de civilisation ; pour d'autres, seules certaines institutions seront jugées indésirables.

Introduisons le problème dans le milieu très particulier que constitue le milieu tunisien.

Le problème peut être examiné d'un point de vue général ; les solutions auxquelles nous aboutirons s'appliqueront au domaine spécial des successions.

Nous ne nous occupons que de la conception de l'ordre public telle qu'elle devrait être appliquée et qu'elle est en réalité appliquée par les tribunaux français de Tunisie. Les autres tribunaux qui fonctionnent en Tunisie ignorent ces subtilités : les tribunaux religieux considéreraient comme un outrage l'idée seule d'un problème où une autre loi que leur loi religieuse, d'essence unique et divine, pourrait éventuellement recevoir application ; ils sont par conséquent à l'abri des raisonnements aux mille détours et pleins de finesse que suscite le Droit International privé. Les tribunaux tunisiens de leur côté n'ont comme justiciables que des Tunisiens, ce qui résout la question ; seuls peuvent s'élever devant eux des conflits entre loi générale et loi religieuse.

Mais si la situation est simple devant les tribunaux tunisiens et les tribunaux religieux, elle est d'une complication extrême devant les tribunaux français.

N'oublions pas en effet qu'ils présentent un triple caractère :

- 1° Ce sont des tribunaux français ;
 - 2° Ils sont dans une certaine mesure les héritiers des anciennes juridictions consulaires ;
 - 3° Ils fonctionnent sur un sol étranger, le sol tunisien.
- Quel sera l'ordre public dont ils devront tenir compte ?
Ne doivent-ils pas en tout état de cause obéir à des prin-

cipes différents quand il s'agit de l'application d'une loi tunisienne ou d'une loi étrangère?...

Une fois admis que la loi étrangère ou la loi tunisienne est contraire au dit ordre public, quelle loi appliquera-t-on?

Autant de questions à résoudre.

I. — En France le juge est Français et rend la justice sur un territoire français; il ne doit tenir compte que des principes d'ordre public français; la loi du juge saisi se confond avec la loi du territoire où la justice est rendue.

En Tunisie le juge est Français et le territoire tunisien.

Le juge doit-il tenir compte de l'ordre public métropolitain ou de l'ordre public tunisien, celui du juge ou celui du territoire?

Dans un certain nombre d'espèces, les tribunaux ont tenu compte uniquement de l'ordre public français, et ce, en vertu de la fiction d'exterritorialité; ils disent que les tribunaux sont censés être en territoire français et doivent rendre la justice comme s'ils étaient en France.

Examinons à ce sujet une intéressante espèce résolue par le tribunal de Tunis sous la présidence de M. Dramard le 13 janvier 1926 (*Rev. Alg.*, 26, 2. 152).

Bismuth, israélite tunisien avait eu, hors mariage des relations intimes avec une femme française et en avait eu un enfant; il se marie par la suite à la municipalité de Tunis à qui est l'une des formes prévues par la loi locale, et croit ainsi légitimer son enfant. Le père décédé, ses frères prétendent que la loi normalement compétente pour dire si le mariage est valable ou non est la loi mosaïque.

Que cette loi déclare le mariage nul parce que contracté entre un israélite et une personne d'une autre confession, ce qui fait que même si le mariage était valable en la forme,

il était nul en raison de l'absence d'une condition de fond : religion israélite des deux conjoints.

Que l'enfant étant né hors mariage et ne pouvant être légitimé par une union légale inexistante n'avait aucun droit à la succession.

Il fallait avant tout décider si le mariage était valable ou non ; — valable il faisait de l'enfant un héritier et la succession qui devait être dévolue suivant la loi du *de cujus*, la loi mosaïque, devait lui revenir en entier, puisqu'il était fils unique du *de cujus* ; — nul, l'enfant n'était pas héritier et la succession aurait été dévolue aux frères du *de cujus*, toujours suivant les règles de la loi mosaïque sur la dévolution des successions.

Il faut remarquer qu'il y a une question préalable à la dévolution c'est celle de la détermination des héritiers.

Cette distinction est surtout intéressante en France où la dévolution est réglée en principe par la loi de la situation des biens et la détermination des héritiers par la loi nationale (v. art. de M. Martin, *Journal Clunet*, 1932). En Tunisie, disaient les demandeurs au procès, les frères du *de cujus*, c'est la loi mosaïque qui en l'espèce devait régler les deux questions ; — or le mariage étant nul, le fils n'était pas héritier.

Le jugement a admis sans difficulté et avec raison que la validité du mariage devait être déterminée suivant la loi mosaïque, mais il a déclaré que le principe de la loi mosaïque suivant lequel le mariage intervenu entre un israélite et une personne de confession différente était entaché de nullité était contraire à l'ordre public français.

Il a donc déclaré le mariage valable et a fait ainsi du défendeur un héritier en raison de sa qualité de fils unique légitimé.

Arrivé à ce stade du raisonnement comment le tribunal aurait-il dû le poursuivre ; — il aurait dû dire : la qualité d'héritier du fils Bismuth est déclarée existante par application de la loi française ; — la loi française l'a ainsi désigné héritier ; — il s'agit maintenant de régler la dévolution du patrimoine ; — cette dévolution s'opérera suivant la loi du *de cujus* c'est-à-dire la loi mosaïque, mais en tenant compte des résultats acquis plus haut c'est-à-dire en considérant comme indiscutable la qualité d'héritier du fils.

Or que fait le jugement?... et nous nous attardons sur ce point d'abord parce qu'il fait bien apparaître la distinction de la question de parenté et de celle de succession, mais aussi parce qu'il jette un jour très net sur les erreurs commises quotidiennement en matière de Droit international privé en Tunisie ; il a bien déclaré que la loi française devait déterminer la validité du mariage, mais ensuite il ne l'abandonne plus et déclare que la dévolution de la succession devait être régie par la loi française en tenant compte de la nationalité française acquise par l'enfant.

« Attendu que Français son statut personnel (de l'enfant) est régi par les règles du Droit civil français ;

« Attendu qu'aux termes de l'article 745 du Code civil les enfants succèdent à leur père et mère. »

Il faut remarquer, qu'au point de vue pratique, la solution est la même puisque aussi bien en Droit français qu'en Droit mosaïque l'enfant, en l'espèce, absorbait toute la succession ; mais il n'en reste pas moins qu'il aurait pu en en être autrement et que l'application de la loi des héritiers, au lieu de la loi du *de cujus* peut conduire à des conséquences absolument illégales, au point de vue de la dévolution du patrimoine.

Mais revenons à la question de l'ordre public et exami-

nous la solution du tribunal sur le premier point, c'est-à-dire validité du mariage par application des principes d'ordre public français substitués exceptionnellement à la règle de Droit mosaïque, normalement compétente, mais contraire aux dits principes.

Notez que s'il avait fait application de l'ordre public tunisien il aurait conclu évidemment à la nullité du mariage car il est impossible de dire que l'ordre public tunisien exige la non-application d'une loi tunisienne ; — bien au contraire l'ordre public tunisien exige que les lois territoriales soient strictement appliquées.

En y réfléchissant bien d'ailleurs, on ne peut même pas dire en l'espèce que l'ordre public tunisien devait intervenir ; il y avait lieu à application d'une loi religieuse tunisienne en vertu du système de conflits de lois tunisien ; l'ordre public tunisien ne pouvait empêcher le système de conflit local de produire ses effets normaux.

Le tribunal a fait intervenir pour rejeter l'application de la loi mosaïque la notion de l'ordre public français ; il — s'est appuyé sur la fiction d'extraterritorialité.

« Attendu qu'au regard de la juridiction française établie en Tunisie le territoire de la Régence en vertu du principe d'extraterritorialité est territoire français... Attendu que les règles du statut personnel étranger ne peuvent être appliquées en Tunisie, que dans la mesure où elles ne sont pas en opposition avec les principes d'ordre public métropolitain. »

Nous sommes obligé de critiquer ce jugement. Nous comprenons que les juges sont souvent contraints de tenir compte du fait et de repousser les conceptions juridiques les plus certaines pour ne pas aboutir à un résultat choquant au point de vue de l'équité ; mais le raisonnement juridique nous

impose de dire que la doctrine du jugement est erronée et qu'il n'y avait pas lieu de faire intervenir la notion d'ordre public français.

Le président Fabry dont l'extraordinaire clairvoyance s'est manifestée dans tous les domaines du Droit l'a fort bien compris ; — il est utile de citer un jugement rendu par lui le 27 décembre 1897 (Berge, 1898, p. 65) :

A cette époque la recherche de la paternité naturelle était interdite en Droit français sauf dans un cas très particulier.

Une Française avait eu hors mariage un enfant qu'elle avait reconnu ; — l'enfant était donc de nationalité française ; — elle avait introduit à l'encontre du père présumé, un Anglo-Malais, une action en recherche de paternité.

La législation anglo-malaise admettait la recherche de paternité naturelle à l'inverse de la loi française.

Il y avait deux questions à résoudre :

1° Quelle devait être la loi normalement compétente, celle de l'enfant, c'est-à-dire la loi française ou celle du père présumé, c'est-à-dire la loi anglo-malaise ?

2° A supposer que la loi normalement compétente était la loi anglo-malaise, est-ce que l'ordre public français ne devait pas s'opposer à l'application d'une loi qui admet la recherche de paternité naturelle ?

Notons que le jugement a résolu la première question en déclarant que la loi normalement compétente était la loi de l'enfant, c'est-à-dire la loi française et a par conséquent déclaré l'action irrecevable.

Mais le président Fabry n'a pu s'empêcher d'examiner la deuxième question, c'est-à-dire celle qui se serait posée si la loi normalement compétente était celle du père présumé ; — cet examen était inutile mais a permis au tribunal d'inté-

ressants développements sur la question qui nous intéresse actuellement.

Le tribunal a déclaré qu'il n'y avait nullement lieu à application de l'ordre public français, mais qu'il fallait faire intervenir la notion de l'ordre public tunisien; il a par conséquent déclaré que si la loi normalement compétente était la loi anglo-maltaise, elle devait recevoir application et l'action en recherche de paternité naturelle devait être considérée comme recevable quoique contraire au principe de l'ancien article 340 du Code civil français.

« Attendu que l'article 340 du Code civil français contient certainement une disposition d'ordre public. »

« Attendu qu'on désigne sous ce nom les règles édictées de façon impérative par le législateur en vue d'un intérêt social. »

« Mais attendu que ces règles varient chez les différentes nations, suivant la race, les mœurs, le climat et le degré de civilisation des peuples. »

« Attendu que chez un peuple homogène et civilisé depuis longtemps comme celui qui habite le territoire de la France, l'ordre public ne saurait être le même et qu'il comporte forcément des règles plus étroites que dans un pays de protectorat comme la Tunisie où résident des races différentes et arrivées à divers degrés de civilisation. »

« Attendu qu'en étendant son Protectorat sur la Régence de Tunisie la France a respecté le statut personnel des indigènes même en ce qui concerne les points sur lesquels il est en désaccord avec l'ordre public français. »

« Attendu que c'est ainsi que la polygamie reste permise aux sujets tunisiens, musulmans et israélites. »

« Attendu que le Protectorat n'a pas davantage porté atteinte au statut personnel des étrangers fixés sur le sol tunisien... »

« Attendu qu'il en serait autrement si le statut personnel des étrangers contenait des institutions telles que la traite des blanches ou les sacrifices humains absolument contraires à la morale et à l'humanité. »

« Attendu que les lois et traités qui ont placé la Tunisie sous le Protectorat français n'ont pas entièrement assimilé ce pays à la France et que les tribunaux français quoique rendant la justice au nom du peuple français n'y jouent pas le même rôle qu'en France à l'égard des indigènes et des étrangers. »

Nous n'avons longuement cité ce jugement que parce qu'il est basé sur des principes que nous approuvons entièrement.

Les tribunaux français de Tunisie ne doivent tenir compte que de l'ordre public tunisien, c'est-à-dire d'un ordre public beaucoup plus large, beaucoup moins exigeant.

La raison en est fort simple ; ainsi que nous l'avons vu dans notre première partie, c'est qu'ils fonctionnent sur un sol étranger et ont un caractère absolument spécial puisqu'ils doivent avant tout respecter la loi territoriale tunisienne ; — ils ne peuvent par conséquent appliquer les principes d'ordre public d'un pays dont ils dépendent mais qui juridiquement est un pays étranger ; bien au contraire ils doivent s'inspirer des principes fondamentaux et essentiels qui sont à la base de l'organisation sociale en Tunisie.

Et cette application de l'ordre public français, ainsi que nous le verrons plus tard, est surtout choquante et contraire au Droit lorsqu'elle empêche le libre fonctionnement des institutions locales ; elle est également fort discutable, ainsi que nous le verrons aussi, lorsqu'elle tend à rejeter l'application d'une loi étrangère et non plus d'une loi tunisienne.

D'ailleurs les tribunaux français quotidiennement jugent

en Tunisie suivant le principe que nous défendons, lorsqu'ils sont saisis régulièrement en raison de la présence dans le procès d'une partie de nationalité européenne :

Ils admettent la polygamie chez les Tunisiens musulmans.

Ils reconnaissent au mari israélite le droit de répudier sans motif l'épouse la plus irréprochable sous la seule condition de la restitution immédiate de la dot et de certaines sommes prévues par le contrat de mariage ou Ketouba.

Ils appliquent strictement cette règle de la loi mosaïque de l'exclusion complète des filles au profit des mâles.

Ils admettent parfaitement la validité chez les israélites de ce pacte de dédit qui assimile les fiançailles à un contrat ordinaire pouvant aussi bien contenir une clause pénale fixant le chiffre de dommages-intérêts à payer pour le fiancé au cas d'inexécution de son engagement de contracter mariage.

Si les tribunaux français de Tunisie faisaient application de la doctrine du premier jugement commenté plus haut ils devraient dire que l'ordre public français s'oppose au fonctionnement des institutions ci-dessus absolument contraires à la morale française.

En réalité ils obéissent à une conception différente basée sur une toute autre morale qui admet des règles comme la polygamie considérée en France comme un crime.

Ainsi la première question annoncée plus haut nous paraît résolue : c'est avec l'ordre public tunisien et non avec l'ordre public français que les lois normalement compétentes doivent être confrontées.

II. — Mais certains auteurs déclarent qu'il faut faire une distinction nécessaire et ceci nous amène à la deuxième question (Soulmagnon, *La Propriété immobilière*, p. 120 et

suiv.) entre le cas où la loi normalement compétente est la loi tunisienne et celui où c'est une loi étrangère.

Dans le premier cas, disent-ils, c'est l'ordre public tunisien qui doit prévaloir ; — l'ordre public français n'a aucun titre à s'opposer à l'application des lois tunisiennes ; en effet de même qu'en Algérie le sénatus-consulte de 1865, les décrets de 1866, de 1874, de 1886 et de 1889 ont formellement consacré le maintien des coutumes indigènes, de même en Tunisie, les lois territoriales demeurent applicables, mêmes contraires à l'ordre public français ; — en effet en Tunisie il n'y a pas eu d'annexion si bien que le pouvoir législatif tunisien continue à exister et de plus le maintien des tribunaux religieux permet de conclure que l'intention de la France était de reconnaître et de permettre l'application des lois tunisiennes.

Mais, disent-ils, la question se pose différemment si la loi à appliquer est une loi étrangère, car pour les étrangers les tribunaux français de Tunisie jugent, suivant la fiction d'exterritorialité, comme s'ils étaient en France ; — si donc une loi étrangère va à l'encontre de conceptions fondamentales françaises les tribunaux français de Tunisie de même que s'ils étaient en France doivent en rejeter l'application.

Cette théorie est inacceptable :

1° Tout d'abord parce qu'elle crée cette dualité d'ordre public des plus gênante pour l'esprit et des plus artificielle ;

2° Ensuite et surtout en raison de l'origine des tribunaux français de Tunisie : il ne faut pas perdre de vue, en effet, qu'ils sont dans une certaine mesure les héritiers des Consuls.

Ceux-ci appliquaient leur loi nationale dans certains cas déterminés ; — leurs pouvoirs sont passés aux mains des tribunaux français, mais ceux-ci ne peuvent les affaiblir et

doivent en principe continuer à appliquer la loi nationale dans les cas indiqués par le système de conflits de lois tunisien ; même si cette loi va à l'encontre des conceptions françaises les plus fondamentales.

D'ailleurs les tribunaux français de Tunisie font dans la plupart des cas, application des lois nationales des étrangers, alors que vraisemblablement en France, elles auraient été rejetées par le juge.

Ainsi les tribunaux français de Tunisie prononcent en Chambre de conseil la séparation de corps d'Italiens par consentement mutuel.

D'ailleurs, ainsi que nous l'avons vu en étudiant les communautés religieuses, le mot d'ordre en Tunisie, si l'on peut dire, est la tolérance vis-à-vis des autres lois, et même l'indifférence, si bien que le libre fonctionnement des lois nationales n'a jamais été gêné pour des motifs d'ordre public.

Nous aboutissons ainsi à cette conclusion que la nature du milieu tunisien oblige le juge français à ne tenir compte que de l'ordre public tunisien plus large, moins exigeant en raison de la civilisation du pays, moins avancée que celle des pays européens, et en raison du grand nombre de races qui y habitent depuis longtemps.

Nous posons ainsi cette deuxième proposition, qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre le cas où la loi normalement compétente, est une loi tunisienne et celui où c'est une loi étrangère, pour appliquer tantôt la conception de l'ordre public tunisien, tantôt celle de l'ordre public français.

III. — Nous arrivons ainsi à la dernière question : au cas où il y aurait lieu de rejeter de la loi normalement compétente pour des motifs d'ordre public tunisien, quelle serait la loi applicable?...

Disons tout de suite que notre théorie rend infiniment rares les cas où il y aura lieu de rejeter la loi nationale compétente pour des raisons d'ordre public ; — nous avons dit en effet que l'ordre public tunisien n'est nullement troublé par l'application des lois étrangères qui ont depuis de longues années régi leurs nationaux, ni par l'application des lois religieuses ; — on peut dire même que c'est le refus d'appliquer les lois religieuses qui pourrait entraîner des troubles au sein de la population de Tunisie.

Inutile de dire, d'ailleurs, que nous n'envisageons le problème que sous un angle juridique et quel que soit le jugement que des hommes civilisés peuvent porter sur des institutions injustes, archaïques et procédant souvent de conceptions morales barbares.

Les jugements comme celui de l'affaire Bismuth qui tendent à substituer à une coutume révoltante la loi française plus humaine et plus juste, ne peuvent qu'être pleinement approuvés en raison de leur caractère équitable ; mais il est nécessaire de dire qu'ils sont antijuridiques et contraires à l'esprit du milieu dans lequel les conflits surgissent.

Une fois admis donc que, par extraordinaire, une règle normalement compétente, va à l'encontre de l'ordre public tunisien, quelle règle faut-il y substituer ?...

En France, la situation est simple : la loi du lieu où le tribunal fonctionne se confond avec celle du juge saisi ; — en Tunisie le juge français se trouve sur un territoire tunisien.

La solution ne me paraît pas faire de doute.

Si la loi territoriale tunisienne existe dans le domaine de droit envisagé et que cette loi territoriale n'est pas de nature religieuse, elle doit recevoir application de préférence à la loi française.

Si ces deux conditions ne sont pas remplies, si la loi territoriale est religieuse ou si elle n'existe pas, la loi française joue alors son rôle habituel de loi de complément destinée à intervenir en raison de la carence de la loi territoriale ou de l'impossibilité de l'appliquer provenant de sa nature religieuse, et se substituera alors à la loi normalement compétente, mais déclarée indigne de s'appliquer comme contraire à l'ordre public local.

CHAPITRE IV

THÉORIE DES QUALIFICATIONS EN TUNISIE

Le caractère pratique de cette question n'échappe pas aux juristes. Les tribunaux auxquels est soumis un procès, mettant en jeu des éléments étrangers et par conséquent les règles du Droit international privé doivent, avant de songer à résoudre le problème, en poser les termes et ce travail implique nécessairement la qualification de l'institution envisagée, le classement de ladite institution dans une catégorie légale placée sous une rubrique d'ordre général.

Une personne a fait un testament; — il s'agit de déterminer si ce testament fait en la forme olographe est valable ou non, la question des formes imposée par la loi pour le testament est-elle une question de forme proprement dite ou n'est-ce pas plutôt une question de capacité?... Suivant le système français, cette opération de classement déclenchera soit l'application de la loi du lieu où le testament a été passé, soit la loi nationale du testateur.

Un mariage a été conclu, mais il y manque une condition pour être valable; — s'il s'agit d'une condition de forme, c'est la loi du lieu qui dira si le mariage est valable ou non, si l'élément qui manque suffit à vicier le mariage; — si c'est une question de fond, il faudra se référer à la loi du mari, pour rechercher si ladite loi conclut à la validité ou à la nullité par suite de la présence ou de l'absence de cet élément.

Une personne décède ; — il s'agit de déterminer les droits de sa veuve, est-ce une question se rapportant au régime matrimonial ou une question de succession ?...

On pourrait ainsi multiplier les exemples ; ils impliquent tous une opération de classement ; il s'agit avant tout de mettre de l'ordre dans les difficultés qui s'élèvent et de qualifier pour cela des institutions faisant l'objet du litige.

Quelle est la loi qui présidera à ce classement ?...

A quels principes le juge va-t-il s'adresser pour effectuer ce travail préliminaire et indispensable ?...

Les tribunaux en cette matière font habituellement du Droit international privé sans le savoir ; ils se livrent à cette classification en s'aidant de la loi qu'ils ont coutume d'appliquer, c'est-à-dire la *lex fori*. Le juge a reçu une éducation juridique déterminée, celle de son pays, il a coutume de raisonner en rendant compte des classifications légales dressées par la loi et la doctrine nationales. Lorsqu'il classe une institution dans un groupe légal il applique la *lex fori*, sans même se poser la question de savoir si c'est la loi française ou une loi étrangère qui doit fournir les principes directeurs de cette classification (Cass. civ., 8 mars 1909. *Rev. Lapradelle*, 1909, p. 887. Clunet, 1909, p. 773. Paris 16 janvier 1936. S. 1836, 2. 70. Seine 7 mai 1873. Clunet, 1873, p. 20).

Les théoriciens d'ailleurs approuvent cette application de la *lex fori* dont les juges font un emploi implicite mais non moins certain (Pillet et Niboyet, *Manuel de Droit international privé*, p. 373 et suiv. Martin, *Principe de Droit international privé*, t. I, p. 221 et suiv. Lévy-Ulmann, *Cours de licence professé à la Faculté de Paris*, 1934-1935, p. 262 et suiv.).

Ils raisonnent de la manière suivante : un système de

conflits de lois est le plus souvent laconique, il se contente d'énoncer des propositions très générales ; il lui est difficile d'entrer dans les détails des institutions pour les soumettre une à une à une loi déterminée ; il s'en rapporte pour cela à la classification de la loi dont il émane lui-même.

Les qualifications sont ainsi un prolongement, une analyse des règles de conflits de lois ; quand le système de conflit parle de capacité par exemple ; il faut rechercher ce que le législateur local entend par cette expression ; en somme la définition des termes du système de conflit ne peut être donnée que par le législateur qui a créé cette règle de conflit.

Or le système de conflits de lois a pour objet de déterminer les limites de la souveraineté locale par rapport aux souverainetés étrangères ; — il sert à fixer les conditions d'entrée des lois étrangères dans le pays considéré ; si l'on s'en rapporte à la loi étrangère pour qualifier les institutions, autant s'en rapporter à elle pour tracer les limites des souverainetés en question.

Les qualifications n'étant que le développement du système de conflit local doivent être commandées par la *lex fori* ; la solution contraire serait l'admission dans un pays du système de conflits de lois du pays voisin.

Les auteurs se plaisent à constater avec une certaine malice les contradictions de la jurisprudence française dans la matière du renvoi et dans celle des qualifications.

La jurisprudence française en effet, alors qu'elle déclare — implicitement le plus souvent — qu'il y a lieu de conserver jalousement les prérogatives de la souveraineté française et d'obéir pour qualifier une institution et, par conséquent pour décider de l'entrée d'une loi étrangère à aucune autre suggestion qu'à celle du législateur français, déclare au contraire qu'il faut accepter le renvoi, c'est-à-dire accepter les dispo-

sitions d'un système de conflits étranger de préférence au système français.

Un autre argument de raison intéressant permet de conclure également à l'application de la *lex fori* : par hypothèse la qualification de l'institution va aboutir suivant la solution donnée soit à l'application de la loi belge, soit à l'application de la loi italienne ; pourquoi s'en rapporter plutôt à la loi belge qu'à la loi italienne ?... l'application de l'une ou de l'autre des deux lois est commandée elle-même par la solution de la question de qualification ; ce serait un cercle vicieux de dire que la loi belge est applicable parce qu'il s'agit par exemple d'une question de forme et de dire que la solution de savoir si c'est une question de forme ou de capacité dépend de la loi belge ainsi désignée.

La question préalable de la qualification ne peut dépendre de la loi auquel la réglementation du rapport de droit sera soumis en définitive puisque cette loi n'est pas encore connue et que sa détermination dépendra de la qualification donnée à l'institution considérée.

Transportons le problème en Tunisie.

Nous y trouverons les éléments qui nous sont devenus familiers la *lex fori* n'est pas la loi territoriale ; le juge français fonctionnant sur un territoire étranger la *lex fori* sera française et la loi territoriale sera tunisienne ; laquelle choisir ?... problème délicat qui ne se pose pas dans les pays d'Europe où la *lex fori* et la loi territoriale se confondent

Rappelons aussi que le problème des qualifications ne se posera que devant les tribunaux français saisis soit de contestations mettant en jeu des Français ou des étrangers soit de questions incidentes relatives au statut personnel ou aux successions des Tunisiens qu'il a pris le parti de trancher sans renvoi devant les tribunaux religieux.

La question ne peut se poser devant les tribunaux religieux qui n'appliquant que la loi religieuse ignore les tortures et les délices des raisonnements subtils du Droit international privé.

Pour illustrer la question, citons quelques exemples, notons tout de suite que nous commenterons les dits exemples dans les autres parties du présent ouvrage et en particulier dans celle ayant pour objet les diverses parties du Droit successoral.

Un Italien décède laissant des immeubles immatriculés par conséquent régis par la loi de 1885. L'un des héritiers vend sa part sur ces immeubles à un tiers; un autre des cohéritiers prétend racheter ces parts; va-t-il exercer le droit de préempteur ou le retrait successoral?... dans le premier cas les conditions en seront déterminées par la loi territoriale c'est-à-dire la loi foncière puisqu'il s'agit d'une question relative aux statuts des biens; dans le deuxième cas, c'est la loi nationale du *de cuius* qui dira si le retrait est possible et à quelles conditions; il s'agit en somme de qualifier le droit que prétend exercer le cohéritier, de le classer soit dans le Droit successoral, soit dans le Droit immobilier.

De même un Tunisien décède laissant une veuve de nationalité française, quels seront les droits de cette veuve sur le patrimoine; seront-ils déterminés par le régime matrimonial ou par le Droit successoral?... Dans le premier cas, ce sera le régime de la loi que les parties ont voulu choisir; dans le deuxième cas ce sera la loi du *de cuius* ?...

Encore une question de qualification! Nous verrons par la suite que la veuve tire ses droits d'abord du régime matrimonial puis du Droit successoral, que par conséquent les deux questions se retrouvent et exigent une solution

séparée, mais leur séparation même a exigé une qualification préalable.

Comment résoudre ce problème en Tunisie en présence de l'élément de complication que représente l'absence d'identité entre la loi territoriale et la *lex fori*?...

Il est hors de doute et nous arrivons aisément à cette conclusion grâce à nos explications antérieures que la loi territoriale, c'est-à-dire la loi tunisienne commande les qualifications. On sait en effet que la Tunisie possède son propre système de conflits, c'est-à-dire des règles édictées pour déterminer les conditions d'entrée des lois étrangères dans le pays ; or, les qualifications n'étant qu'une précision apportée à ce système de conflits, une analyse des propositions d'ordre général qu'il contient fait partie du dit système de conflit ; il n'y a pas lieu en conséquence de faire appel à un système étranger pour opérer ses classifications ; il n'y a qu'à s'en référer à la loi territoriale tunisienne.

De même que le respect de la souveraineté française interdit de s'adresser une souveraineté étrangère pour la détermination de ses limites et par conséquent impose l'application de la loi française pour qualifier les institutions, de même la souveraineté tunisienne doit être seule maîtresse de l'analyse de ses propres règles de conflits, c'est-à-dire de la détermination des limites respectives de la loi territoriale et des lois étrangères.

Cette conclusion ne fait aucun doute, mais se heurte à un empêchement d'ordre pratique : la carence de la loi territoriale.

Cette carence est évitée pour certaines matières, ainsi la loi foncière de 1885 règle minutieusement les institutions relatives à la propriété immatriculée, dans ce cas c'est aux

qualifications données par le texte et l'esprit de cette loi qu'il faudra se référer pour résoudre la question.

Mais dans le cas où la loi territoriale est muette, ou ce qui revient au même lorsqu'elle est, comme en matière de succession de nature religieuse il y aura impossibilité de l'appliquer.

Alors la *lex fori*, c'est-à-dire la loi française jouera son rôle de la loi de complément et substituera son système de qualification à celui de la loi tunisienne.

On a voulu soutenir qu'en cas de carence de la loi territoriale la qualification sera donnée par la loi à laquelle renvoie le système de conflits tunisien, mais on tombe alors dans le cercle vicieux dénoncé plus haut : cette loi n'est pas encore déterminée puisque sa détermination dépend de la solution de la question de qualification elle ne peut par conséquent entrer en jeu pour résoudre cette dernière question.

En l'absence de la loi territoriale, et en raison en particulier de ce cercle vicieux, la loi française, accoutumée de jouer le rôle de loi de complément, suppléera la loi tunisienne et imposera ses principes de classement.

TROISIÈME PARTIE

APPLICATION DES PRINCIPES DÉGAGÉS CI-DESSUS DANS LES DIVERSES PARTIES DU DROIT SUCCESSORAL

Nous avons ainsi abouti aux solutions suivantes :

La Tunisie possède son propre système de conflits des lois.

Les règles de conflits de lois tunisiennes désignent la loi nationale du *de cujus* pour le règlement des successions *ab intestat*.

Cette loi nationale doit être appliquée même si la législation de l'État à laquelle est dévolue la réglementation de la succession contient un système de conflit renvoyant à une loi différente.

La loi nationale doit recevoir application même si elle est contraire à l'ordre public français ; elle n'est rejetée que si elle est contraire aux principes d'ordre public tunisien ; si une loi est contraire à l'ordre public tunisien elle ne sera pas appliquée mais la loi qui se substituera à elle sera la loi française, loi de complément de la loi tunisienne cette dernière ne pouvant recevoir application en raison de la nature religieuse des lois successorales locales.

La qualification de l'institution envisagée dépend de la loi tunisienne et à son défaut de la *lex fori* c'est-à-dire la loi française.

Il nous reste maintenant à examiner comment jouent ces

principes dans les diverses parties du Droit successoral.

Cette partie du Droit comporte des situations fort compliquées dans lesquelles nous constaterons quelquefois le fonctionnement d'autres principes se rattachant étroitement à la question successorale proprement dite.

Il nous appartiendra en passant en revue les institutions du Droit successoral de distinguer les questions s'y rattachant directement pour y faire application de la loi nationale du *de cujus* et les questions se rattachant plutôt à la capacité des héritiers et aux biens formant l'actif de la succession pour y faire application de principes différents comme de la loi des héritiers et de la loi territoriale ou celles ayant surtout pour objet le régime matrimonial du *de cujus* qui seront tranchées au moyen de règles différentes.

Nous suivrons pour cela l'ordre habituel, c'est-à-dire la dévolution, l'acquisition, la liquidation et le partage de la succession.

CHAPITRE PREMIER

DÉVOLUTION DE LA SUCCESSION

SECTION I

Vocation héréditaire.

Le principe de l'application de la loi nationale ou de la loi religieuse de la Communauté dont fait partie le *de cujus* s'il est Tunisien sera respecté pour la dévolution de la succession.

Faisons d'ores et déjà les remarques suivantes :

La loi nationale du *de cujus* régira l'attribution de la totalité du patrimoine, sans aucune distinction entre les immeubles, les meubles corporels et les meubles incorporels. L'unité de la masse successorale, soumise pour sa distribution à un principe unique est une règle fondamentale du Droit international privé tunisien.

Les tribunaux, unanimes à constater le principe de l'application de la loi nationale prennent cependant le plus souvent soin de préciser : « même en ce qui concerne les biens immobiliers » ; cette précision ne paraît pas nécessaire, les sources examinées plus haut desquelles on déduit l'existence du principe ne faisant aucune distinction entre les éléments de la succession.

L'idée qui guide les magistrats, lorsqu'ils indiquent cette précision semble être de marquer que le système du droit

international privé tunisien en matière de successions est différent du système français, qu'il n'y a pas comme en France deux masses successorales, l'une immobilière réglée au point de vue de sa dévolution par la loi de la situation des immeubles, l'autre mobilière réglée par la loi du lieu de la situation fictive des meubles présumés se trouver au domicile de droit du *de cuius* ; l'idée des tribunaux paraît être ainsi de souligner la différence entre les deux systèmes et l'existence de l'unité de la masse successorale.

La même phrase révèle aussi ce désir des tribunaux de montrer que pour la dévolution des successions, le système tunisien s'est plutôt rallié à la conception individualiste du respect de la volonté du *de cuius* qu'à la conception sociale de l'application des règles du pays où se trouvent les biens ; les tribunaux entendent montrer que cette conception sociale s'est effacée devant la conception individualiste même en ce qui concerne les biens les plus importants, c'est-à-dire les immeubles.

Il y a autre chose aussi : en Tunisie existe deux catégories d'immeubles : les immeubles non immatriculés soumis au point de vue de leur nature, des droits réels qui les grèvent de la transmission des dits droits, de leur constatation, de la sécurité des tiers à la loi musulmane, et les immeubles immatriculés réglementés aux mêmes points de vue par la loi foncière de 1885 ; il y a ainsi deux lois territoriales s'appliquant chacune à une catégorie d'immeubles déterminés. Or il est possible, et nous verrons par la suite que cette erreur est souvent commise de se laisser aller à soutenir le raisonnement suivant, absolument inexact : tranchons tout d'abord la question de savoir quelle est des deux lois territoriales celle qui est applicable ; supposons que la succession comprenne un immeuble immatriculé ; cette

question sera résolue par l'application de la loi foncière de 1885 ; une fois arrivés à ce stade du raisonnement il faudra dire : cette loi foncière n'est applicable qu'aux points de vue précisés plus haut, c'est-à-dire nature des droits réels, conservations des dits droits, droits des tiers, etc..., mais cette loi n'est nullement applicable à la dévolution de la succession proprement dite. Or ceux qui font un raisonnement vicieux, une fois déterminée la loi territoriale applicable ne l'abandonnent plus et l'utilisent également pour le règlement de la succession.

Ainsi cette phrase insérée par les tribunaux dans la plupart de leurs jugements qui paraît au premier abord superflue cache en réalité une série de préoccupations : celle de consacrer le principe d'unité de la masse successorale, celle de montrer que la conception individualiste a pris le pas en Tunisie sur la conception sociale même pour les biens les plus importants, celle de mettre en garde contre l'erreur de raisonnement qui consisterait une fois résolu le conflit de lois locales relatif aux immeubles de croire que la loi territoriale ainsi désignée doit régler la succession.

La deuxième remarque qu'il nous paraît nécessaire de faire est qu'au cas où le *de cujus* est un indigène musulman, il faut une fois résolu le conflit de lois par l'application de la loi nationale, c'est-à-dire de sa loi religieuse, trancher un deuxième conflit s'élevant entre les deux rites musulmans, le rite hanefite et le rite malekite ; sa succession ne doit être en effet réglée que par le rite pratiqué par ce musulman pendant sa vie.

La loi nationale sera appliquée pour déterminer la date de l'ouverture de la succession. On sait l'intérêt qui s'attache à cette question ; la date déterminera le moment où commence l'indivision et auquel remonteront les effets rétro-

actifs du partage dans les cas où ils se produiront; elle déterminera aussi le moment où il faut se placer pour savoir si l'héritier est capable de succéder, le moment où remonte l'effet de l'acceptation.

On connaît en Droit français la théorie des commorientes qui peut se résumer ainsi : recherche par les juges ayant pour objet de savoir d'après les éléments de fait qui leur sont soumis quelle est la première personne décédée ; en cas d'impossibilité d'aboutir à une solution certaine, application de tout un jeu de présomptions. On devra en Tunisie rechercher l'ordre des décès d'après la théorie adoptée par la loi nationale du *de cujus*, c'est-à-dire de la personne dont il faut déterminer le moment exact du décès ; si cette loi nationale ne contient aucune indication à ce sujet, il ne faudra pas bien entendu appliquer la loi française, mais considérer la question comme une question de fait, c'est-à-dire déterminer, si cela est possible, l'ordre des décès, et en cas d'impossibilité, déclarer les morts simultanées.

La loi nationale réglera sans concurrence possible le rang des différents ordres d'héritiers ; c'est elle qui dira les proportions dans lesquelles héritent les personnes faisant partie de l'ordre ou des ordres appelés.

C'est également la loi nationale qui déterminera s'il y a lieu à représentation, cette règle si remarquable qui constitue une dérogation à la règle que le degré le plus proche exclue le plus éloigné et les conditions dans lesquelles jouera cette représentation.

La loi nationale sera également seule compétente pour déterminer l'existence d'un droit de retour.

Nous ne faisons ici que du Droit international privé et nous nous attachons uniquement à la solution des conflits de lois :

il n'y a pas lieu par conséquent de décrire les particularités des différentes lois nationales et en particulier des deux lois territoriales tunisiennes.

Indiquons cependant certaines règles curieuses consacrées par ces dernières.

Il n'y a pas en Droit mosaïque égalité entre les sexes : les filles sont exclues de la succession par les mâles, mais ont cependant si elles ne sont pas mariées un droit de créance contre la succession ayant pour objet leur dot ; le quantum en sera fixé par des éléments de fait, par exemple la dot d'une fille précédemment mariée, et en l'absence de ces indications positives, la dot sera du dixième de la succession (jugement du tribunal de Tunis du 28 mars 1892, J. T. T. 96.568, jugement Tunis du 29 mai 1895, J. T. 95.438).

En Droit mosaïque toujours, le mari hérite de tous les biens de sa femme, même en présence de descendants ; mais la réciproque n'est pas vraie ; la femme n'a aucun droit à la succession ; elle a cependant celui de réclamer une pension alimentaire aux héritiers pour lui permettre de vivre comme elle le faisait durant la vie de son mari (Alger, 20 janvier 1871, J. A. 1871.7) (J. T. T. 1915, p. 334, Jt. 9 juin 1914 du T. de Tunis).

Autre institution des plus curieuses du Droit mosaïque qui heurte singulièrement nos conceptions modernes, encore plus que ne le fait l'exclusion totale de la femme et des filles, celle du levirat qui permet au frère du mari de recueillir toute sa succession en épousant sa veuve lorsqu'il n'y a pas de descendants (T. de Tunis 14 février 1903. R. A. 1904.2 138) (T. de Sousse 8 juillet 1909, J. T. T. 1910, p. 524).

En Droit musulman le frère du *de cuius* vient en concours avec sa femme et ses filles en l'absence de descendants mâles (T. de Tunis 27 avril 1896, R. A. 1896, 2.332).

Mais revenons au Droit international privé et faisons tout de suite une distinction absolument indispensable à opérer, c'est celle de la détermination des parents et de la dévolution de la succession.

M. Martin a excellemment mis en lumière cette dualité de questions, dans un article paru au *Clunet* 1932 ; le savant auteur y examinait une espèce soumise à la Cour de cassation : une personne avait adopté un enfant ; — elle décède laissant des immeubles en France, la loi nationale du *de cuius* déclarait l'adoption valable, la loi française la déclarait nulle en raison de la présence de descendants. Quelle loi fallait-il appliquer ?

La Cour de cassation (21 avril 1931, D. 1931, I, p. 52. 5, 1931, I, p. 377) a déclaré que les immeubles se trouvant en France devaient être régis pour leur dévolution par la loi française et a utilisé cette loi pour conclure à la nullité de l'adoption.

M. Martin a fort justement critiqué cet arrêt ; — il y a, a-t-il dit, deux questions différentes à distinguer ; — la loi nationale du *de cuius* devra être utilisée pour la détermination des parents ; — cette loi conclut dans l'espèce à la validité de l'adoption ; — une fois cette question tranchée et la qualité de l'enfant adoptif déterminée, il y a lieu alors, mais seulement alors, de faire application de la loi française, pour régler le sort du patrimoine en tenant compte du résultat acquis à savoir la vocation héréditaire de l'enfant adoptif.

En France l'intérêt qu'il y a à distinguer la question de parenté et la question de dévolution est très grand, car suivant le système de conflit français, ce n'est pas la même loi qui est appelée à la résoudre, la question de parenté devant être régie par la loi nationale, et celle de la dévolu-

tion par la loi de la situation des immeubles pour ces derniers et du domicile de droit du *de cujus* pour les meubles ; — or il peut se rencontrer comme en l'espèce relatée ci-dessus que ces lois ne soient pas les mêmes et que l'application aveugle de la même loi pour la solution des deux questions conduise à des résultats injustes.

En Tunisie, la loi compétente pour régler la succession sera loi nationale du *de cujus* mais celle qui devra intervenir pour la détermination de l'état sera celle de l'individu dont l'état est en question ; — il est fort possible que la loi soit différente dans les deux cas, en raison de la nationalité différente du *de cujus* et de la personne dont l'état est discuté.

On voit l'importance capitale de cette distinction.

Ce serait une erreur que d'appliquer la loi nationale du *de cujus* à toutes les questions qui se posent au sujet du règlement de la succession ; — l'esprit devra s'attacher avant tout à analyser la situation de fait qui se présente, à grouper les questions et à faire application pour chacun des groupes de la loi compétente qui peut fort bien être différente de la loi nationale du *de cujus*, et qui pour la détermination de l'état d'un héritier possible est la loi nationale de ce dernier.

Nous avons examiné plus haut au sujet de l'ordre public, l'intéressant jugement rendu dans l'affaire Bismuth ; — il offre à l'observateur la même erreur que celle commise par la Cour de cassation ; c'est-à-dire l'absence de distinction entre la question d'état et la question de dévolution.

On se souvient que Bismuth, Juif tunisien, avait épousé une Française chrétienne et avait légitimé un enfant qu'il avait eu de cette dernière avant le mariage ; — l'enfant possédait la nationalité française.

Il y avait une double question d'état à trancher : celle de l'état de l'enfant et celle de la situation de la mère.

L'état de l'enfant devait être déterminé par la loi française, sa loi nationale; — quant à déterminer si la mère était la femme légitime ou la concubine de Bismuth, il fallait pour résoudre cette question faire application de la loi du mari, la loi mosaïque; — on sait que le Tribunal par application de l'ordre public français qu'il a fait intervenir à tort ou à raison, a fait application de la loi française et déclaré le mariage valable quoique la loi mosaïque le déclarait nul.

Les deux états étant ainsi déterminés, il fallait pour l'attribution des parts successorales faire appel à la loi du *de cujus*, c'est-à-dire la loi mosaïque.

Le jugement n'opérant pas la distinction nécessaire continue à appliquer la loi française et déclare que la femme a le droit d'usufruit que lui accordent les dispositions françaises de Droit successoral et que l'enfant a la vocation héréditaire que lui attribuent les articles 73 et suivants du Code civil français.

En somme, l'erreur est inverse de celle de la Cour de cassation, mais provient de la même confusion, la Cour de cassation avait déterminé la loi applicable à la dévolution et s'en était servie pour la question d'état, le tribunal de Tunis avait commencé plus justement par déterminer la loi compétente pour la question d'état, mais avait continué à l'utiliser pour la dévolution de la succession.

Ainsi, pour nous résumer, le premier travail doit consister à dégager les questions relatives à la dévolution de celles relatives au lien de filiation, de parenté ou de mariage; ces dernières sont préalables et doivent être tranchées avant celle de la dévolution.

Il y a une autre question préalable à trancher très souvent

avant d'opérer l'attribution du patrimoine suivant la loi du *de cuius* : c'est celle du régime matrimonial de ce dernier. Il ne faut pas oublier en effet qu'avant d'opérer la dévolution du patrimoine, il est nécessaire de déterminer le contenu de ce patrimoine lui-même ; — or, si le *de cuius* était marié, il convient avant tout de remettre à la femme ce qui lui revient, et cette question ne pourra être tranchée qu'en tenant compte du régime matrimonial des époux.

Or, quelle loi déterminera ce régime matrimonial ?...

Nous touchons là à une question des plus graves et des plus incertaines du Droit international privé tunisien et qui nécessiterait une étude approfondie ; — bornons-nous à dire que tandis que le régime matrimonial nous paraît être un effet du mariage et comme tel devant être régi par la loi qui régit le mariage, c'est-à-dire la loi nationale du mari, le Droit international privé tunisien, rejoignant les solutions du Droit international français fait prévaloir ici le caractère contractuel de l'institution et désigne la loi que les parties ont entendu choisir, la recherche de cette intention devant se faire d'après les éléments de fait qui ont entouré le mariage.

Il convient de n'avancer dans cette matière délicate qu'avec les plus grandes précautions ; — il ne faut pas appliquer la loi qui détermine le régime matrimonial à la dévolution de la succession, et inversement il ne faut pas appliquer la loi compétente pour la dévolution à la détermination du régime matrimonial.

La question préalable à résoudre est celle du contenu du patrimoine du *de cuius*, par conséquent celle du régime matrimonial ; — une fois le régime matrimonial déterminé et par voie de conséquence le patrimoine du *de cuius*, c'est alors seulement qu'interviennent les principes de la loi nationale du *de cuius*.

Le tribunal de Tunis, présidé par M. Soulet, dans une espèce récente (affaire succession Bessis, jugement du 2 juillet 1934; Berge, 1934, p. 264) ne s'y est pas trompé.

Bessis, israélite, Tunisien, avait épousé une Française, d'origine juive et avait passé avec elle un contrat de Ketouba — contrat de mariage utilisé chez les Israélites tunisiens et portant un régime unique, celui de la séparation des biens avec administration et jouissance du mari sur les biens de la femme — Bessis décède; il y avait deux questions à résoudre, celle préalable de la détermination du régime matrimonial, puis celle de la dévolution de la succession; — la première à trancher par l'application de la loi que les parties avaient entendu choisir, la deuxième par l'application de la loi nationale du *de cuius* ou plutôt de la loi mosaïque, loi de la communauté religieuse à laquelle il appartenait.

La femme disait : « Nous nous sommes mariés sans contrat; la Ketouba n'est qu'un acte prescrit suivant les formes de la loi mosaïque pour la validité du mariage et nullement un contrat de mariage; — ayant adopté pour nous marier l'une des formes locales du mariage, nous avons été obligés de passer une Ketouba, mais cet acte, outre qu'il n'existe que pour rendre le mariage régulier, se borne à constater la remise d'une dot au mari et ne règle nullement le régime matrimonial.

En l'absence de contrat de mariage, il faut rechercher notre intention, et cette recherche doit aboutir à cette conclusion que nous avons choisi le régime de droit commun français, c'est-à-dire le régime de communauté légale. »

Il est inutile pour notre démonstration de citer les éléments de fait apportés par la femme à ce sujet.

« Donc, disait la femme, il faut opérer conformément à la loi française, au régime de communauté légale française, un

partage de tous les meubles, et de tous les immeubles acquis à titre onéreux durant le mariage; — une fois ce partage opéré entre les héritiers du mari et moi, il y a lieu alors mais seulement alors, de faire intervenir la loi du *de cujus*, c'est-à-dire la loi du mari pour la dévolution du patrimoine fixé à la suite de ce partage. »

Bien entendu, la femme se souciait fort peu alors de n'avoir aucun droit sur la succession par application de la loi mosaïque; — elle était largement pourvue par le partage de la communauté.

Le tribunal a fort bien distingué la question du régime matrimonial et la question de la dévolution.

Il a déclaré que la première devait être tranchée préalablement à la deuxième.

Il a fait application pour la détermination du régime matrimonial de la loi que les parties avaient entendu choisir, mais a déclaré contrairement aux conclusions de la femme que cette loi était la loi mosaïque et non la loi française; — il s'est basé pour cela sur des éléments de fait indiscutables : forme du mariage choisie par les époux, passation de la Ketouba, commune religion israélite des époux, territoire sur lequel le mariage avait été célébré, nationalité tunisienne du mari.

Il a, en conséquence, déclaré que le régime choisi par les époux était celui du Droit mosaïque, c'est-à-dire le régime de la séparation de biens.

Puis, ayant ainsi fixé le patrimoine du mari, il a de nouveau fait intervenir la loi mosaïque pour sa dévolution.

Mais il a eu le grand mérite de distinguer les deux questions, et de faire application de la loi mosaïque d'abord comme étant celle choisie par les parties pour régler leur régime matrimonial, puis comme étant celle normalement

compétente pour la dévolution du patrimoine du *de cuius*.

Pour nous résumer sur cette question de dévolution disons que la loi nationale du *de cuius* est bien compétente pour régler :

- 1° La date de l'ouverture de la succession ;
- 2° L'ordre de préférence entre les héritiers et les proportions dans lesquelles ils héritent ;
- 3° S'il y a lieu à représentation et dans quelles conditions ;
- 4° S'il y a lieu à retour légal et dans quelles conditions mais qu'il convient de distinguer cette question de dévolution de celles ayant pour objet :
- 1° L'état des personnes éventuellement appelées à la succession ;
- 2° L'état d'époux légitime ;
- 3° Le régime matrimonial du *de cuius*.

Les dites questions devant être examinées préalablement et étant soumises à l'application de lois qui peuvent être différentes de la loi nationale du *de cuius*, à savoir :

- 1° Pour les premières celle de la personne dont l'état est discuté ;
- 2° Pour les deuxièmes, celle qui régit le mariage ;
- 3° Pour les dernières, celle que les parties ont entendu choisir sous réserve dans tous ces cas du rejet des dites lois par application de la théorie de l'ordre public (tunisien disons-nous, français disent souvent les tribunaux de Tunis et de leur remplacement par la loi territoriale ou la loi française.

SECTION II

Qualités requises pour succéder.

Il ne suffit pas d'appartenir à un ordre de successibles appelé par la loi nationale à la succession du *de cuius* ; — la

vocation successorale, à elle seule, ne permet pas au successeur désigné de venir à la succession ; il est en outre nécessaire qu'il réunisse certaines conditions d'aptitude.

Ces conditions en Droit français sont au nombre de deux : la capacité de succéder et l'absence des causes d'indignité.

Nous rappelons qu'en Droit français, pour être capable de succéder, il faut au moment de l'ouverture de la succession être conçu, mais qu'il faut en outre que l'enfant même conçu à la dite date naisse viable par la suite.

Quant aux causes d'indignité, elles sont limitativement énumérées par l'article 727 du Code civil et sont au nombre de trois :

1° Une condamnation définitive prononcée à la suite d'un meurtre ou d'une tentative de meurtre sur la personne du *de cuius* ;

2° Une accusation portée contre le *de cuius* de nature à entraîner la peine capitale et jugée calomnieuse ;

3° La non-dénonciation du meurtre du défunt par l'héritier instruit de ce meurtre, réserve faite de certains cas d'excuse.

Quelle est la loi qui doit déterminer les conditions d'aptitude permettant de bénéficier de la vocation successorale ?

Il y a lieu avant tout de résoudre la question essentielle de la qualification des dites conditions ; — est-ce une question de capacité, est-ce une question se rattachant plutôt à la dévolution successorale ?...

Nous savons qu'il faut se référer pour qualifier une institution au système de classement tunisien, mais qu'en l'absence de la loi tunisienne ce sera la *lex fori* qui permettra de qualifier l'institution c'est-à-dire la loi française.

En l'espèce la loi tunisienne qui fixe la capacité de succéder et les causes d'indignité étant double et de nature religieuse il faut s'adresser à la loi française.

Il paraît bien qu'en Droit français ces règles n'aient pas pour objet de protéger l'héritier contre les défaillances de sa volonté ; — elles ne font qu'imposer des conditions supplémentaires permettant de bénéficier de la vocation successorale ; — il faut appartenir à un groupe de successibles déterminé, mais il faut également n'être pas indigne, avoir été conçu au moment de l'ouverture de la succession et être né viable ; — ces conditions s'apparentent parfaitement à la première et doivent par conséquent être rangées dans la même catégorie juridique, à savoir les conditions requises pour succéder.

Il est difficile de qualifier les règles en question de règles de capacité des héritiers.

Pour quelles raisons d'ailleurs soumet-on les successions à la loi nationale du *de cuius* ?... c'est principalement que les successions sont un effet de la parenté et qu'au surplus les règles successorales n'étant que l'interprétation probable de la volonté du *de cuius*, c'est sa loi nationale qui peut le mieux se livrer à cette interprétation.

Or les mêmes causes permettent de faire dépendre la détermination des qualités requises pour succéder de la loi nationale du *de cuius*.

La parenté entraîne le droit de succéder, mais il est nécessaire que ce lien de parenté existe au moment de l'ouverture de la succession ; — si le successible n'est pas conçu à cette époque, le lien n'existe pas et par conséquent la parenté ne peut produire son effet habituel, c'est donc à la loi qui régit la parenté, c'est-à-dire la loi nationale, que doit incomber la tâche de déterminer si la capacité de succéder existe ou non.

Quant aux causes d'indignité il est vraisemblable que si

le défunt avait fait un testament, il aurait exclu les héritiers qui se seraient rendus coupables de certaines fautes graves envers lui ; — c'est donc la loi nationale qui protège la volonté du *de cujus* et qui doit l'interpréter, à laquelle incombe le soin de fixer les causes d'indignité.

M. Sorbier de Pougnaresses, dans son ouvrage sur « La Justice française en Tunisie », pages 312 et 328, adopte la solution inverse et prétend qu'il s'agit plutôt de règles se rattachant à la capacité des héritiers et comme telles soumises à leur loi nationale.

On a cité quelquefois, pour illustrer cette question, un jugement rendu par le tribunal de Tunis le 24 février 1889 (Berge 1889, p. 12. Clunet 89.675).

Les faits de la cause étaient des plus curieux :

Un Algérien musulman, avant l'abolition de l'esclavage par la loi du 27 avril 1848, possédait un esclave, Algérien musulman lui aussi ; — après son affranchissement l'ancien esclave décède.

Or la loi musulmane appelle l'ancien maître à la succession de l'affranchi ; — la loi musulmane était bien applicable puisque les Algériens musulmans ont conservé leur statut personnel au sens large, c'est-à-dire comprenant aussi les règles de successions. Le tribunal français, compétemment saisi, devait-il faire application de la loi musulmane et par conséquent attribuer la succession à l'ancien maître?... Il a rejetée la prétention de ce dernier en déclarant que la loi musulmane était en l'espèce contraire à l'ordre public français.

On prétend que ce jugement met en question la capacité de l'héritier et qu'il s'agit de savoir si la loi de l'héritier, la loi musulmane en l'espèce, édicte la possibilité pour ce dernier de recevoir la succession et Sorbier déclare que la loi rejetée par le tribunal, quoique normalement compétente,

par application de l'ordre public, était la loi de l'héritier.

En réalité, il ne s'agissait nullement en l'espèce d'une question de capacité, mais purement et simplement d'une question de vocation héréditaire : le maître faisait-il ou non partie d'un ordre d'héritiers appelés par la loi du *de cuius* à recevoir la succession?...

La loi applicable était celle du *de cuius*, c'est-à-dire la loi musulmane.

On ne peut par conséquent tirer argument de ce jugement pour prétendre que le tribunal a consacré la thèse de l'application de la loi des héritiers pour déterminer les conditions d'aptitude auxquelles ceux-ci sont astreints pour recevoir la succession.

On peut par contre citer d'autres jugements consacrant formellement la thèse de l'application de la loi du *de cuius* en pareil cas :

Un jugement du tribunal de Tunis du 17 juin 1915 (Berge, 1915, p. 367) déclare que celui qui a donné la mort au *de cuius* ne peut venir à sa succession et se réfère pour cela à la loi de ce dernier. En l'espèce la nationalité du *de cuius* était incertaine, on ne savait pas s'il était Tunisien ou Anglo-Maltaï ; les juges, en visant tant les articles de la loi musulmane que ceux de la loi anglo-maltaïse relatifs aux causes d'indignité, ont montré qu'ils se rencontraient sur ce point qu'il fallait exclure et considérer comme indigne l'héritier coupable du meurtre. C'est donc bien dans la loi nationale qu'ils ont recherché la solution.

Il nous paraît par conséquent raisonnable de conclure que la capacité de succéder et les causes d'indignité doivent être régis par la loi nationale du *de cuius*, loi de droit commun dont il ne convient aucunement de s'écarter en cette matière spéciale.

CHAPITRE II

TRANSMISSION DE LA SUCCESSION

SECTION I

La saisine.

Lorsqu'une personne décède, ses héritiers dans la plupart des cas peuvent se saisir immédiatement de son patrimoine, se mettre en possession de tous ses biens; — cette mise en possession les autorise à exercer tous les droits du défunt mais les expose aussi à des poursuites immédiates de la part des créanciers héréditaires, réserve faite en Droit français de l'exception dilatoire de trois mois et quarante jours pour faire inventaire et délibérer.

Cette saisine se produit instantanément et sans que les tribunaux doivent intervenir pour prononcer l'envoi en possession.

En Droit français, elle n'existe qu'au profit des héritiers légitimes et naturels, de légataires universels institués par testament authentique et lorsqu'il n'y a pas d'héritier à réserve, des successeurs anormaux de ceux qui bénéficient d'une institution contractuelle ayant pour objet l'universalité des biens.

En Tunisie, il faut se référer uniquement à la loi nationale du *de cuius* pour savoir qui a la saisine et quelles sont ses conséquences.

L'exception la plus notable aux effets de la saisine est l'apposition des scellés sur les biens de la succession; — lorsque les scellés sont apposés, l'héritier, même saisi, ne peut se mettre en possession effective puisqu'il serait obligé pour cela de les briser et de se rendre coupable du délit de bris des scellés; — dans la plupart des successions cette précaution est prise soit par l'un des cohéritiers, soit par les créanciers héréditaires.

Les scellés sont apposés en France par le juge de paix.

En Tunisie s'élève à ce sujet la question des pouvoirs respectifs du juge de paix français et des Consuls des puissances étrangères.

Les Consuls ont conservé certains pouvoirs d'administration sur les successions de leurs nationaux.

Le Consul d'Italie, en particulier, a vu ses pouvoirs minutieusement réglés par le décret du 1^{er} février 1897 qui a promulgué la convention consulaire et d'établissement avec l'Italie.

L'article 23 de ce décret est ainsi conçu : « Quand un Italien en Tunisie ou un Tunisien en Italie sera mort sans avoir fait de testament ni nommé d'exécuteur testamentaire ou si les héritiers soit naturels, soit désignés par le testament étaient mineurs, incapables ou absents, ou si les exécuteurs testamentaires nommés ne se trouvaient pas dans le lieu où s'ouvrira la succession, le Consul, le Vice-Consul ou les agents consulaires auxquels ressortissait le défunt auront le droit de procéder aux opérations suivantes :

« 1° Apposer les scellés... en prévenant l'autorité locale compétente qui pourra y assister et apposer également ces scellés... »

Ce texte semble donner compétence au Consul d'Italie pour l'apposition des scellés :

1° Dans toutes les successions *ab intestat* italiennes ;

2° Dans toutes les successions où le *de cujus* a laissé un testament mais sans nommer d'exécuteur testamentaire ;

3° Dans toutes les successions où le *de cujus* a laissé un testament désignant un exécuteur testamentaire qui n'est pas domicilié dans le lieu où la succession s'est ouverte ;

4° Dans tous les cas où l'un des héritiers est mineur, incapable ou absent.

Ainsi la règle semble être l'intervention du Consul d'Italie dans toutes les successions italiennes, sauf dans le cas exceptionnel où le défunt a laissé un testament désignant un exécuteur testamentaire domicilié dans le lieu de la succession et où tous les héritiers sont majeurs, capables et présents.

Notons en passant que le Consul d'Italie a des pouvoirs d'administration assez étendus sur les successions italiennes et en particulier celui d'ordonner la vente aux enchères des meubles périssables, de faire inventaire, de toucher les revenus, etc...

Il faut signaler cependant que le juge de paix français peut toujours intervenir à la requête d'un créancier pour concourir à l'apposition des scellés.

La détermination des pouvoirs des Consuls ne rentre pas dans le cadre de cette étude consacrée uniquement aux conflits des lois ; — bornons-nous par conséquent à ces quelques observations qui indiquent les autorités pouvant en Tunisie entraver le jeu normal de la saisine, lorsque par hypothèse elle est prévue par la loi nationale du *de cujus*, par l'apposition des scellés sur les biens successoraux.

SECTION II

Option de l'héritier.

Rappelons rapidement les principales règles du Droit français, l'héritier a le choix entre trois partis : accepter purement et simplement, accepter sous bénéfice d'inventaire ou renoncer.

L'acceptation peut être expresse, tacite (quand on a fait acte d'héritier) ou imposée par la loi (au cas de recel des effets successoraux) ; — elle peut être attaquée suivant les règles du Droit commun relatives aux vices du consentement et aussi au cas où un testament se révélerait postérieurement qui réduirait l'actif de plus de moitié.

La renonciation doit être expresse et doit résulter d'une déclaration au greffe du tribunal où la succession s'est ouverte ; — elle résulte exceptionnellement suivant la jurisprudence de l'écoulement du délai de prescription soit trente ans.

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire est imposée quand l'un des cohéritiers est mineur et est impossible, quand l'héritier s'est rendu coupable de recel ou a déjà pris un parti différent.

Il est indiscutable que la loi nationale du *de cujus* doit en Tunisie déterminer les différents partis qui s'ouvrent au choix de l'héritier.

Ainsi la loi musulmane et la loi mosaïque ne connaissent pas l'acceptation pure et simple, l'héritier peut soit renoncer, soit accepter, mais dans ce dernier cas l'acceptation le met dans une situation analogue à celle de l'héritier bénéficiaire français ; — il ne peut être poursuivi sur ses propres biens et n'est tenu des dettes que *intra vires hereditatis*.

On a voulu soutenir que l'héritier musulman ne pouvait renoncer puisque de toutes façons son patrimoine personnel ne pouvait être touché ; — un jugement du tribunal de Sousse du 9 avril 1903 (Berge, 1904, p. 548) a très exactement déclaré que la renonciation produisait des effets différents de l'acceptation bénéficiaire puisqu'elle dispensait l'héritier des ennuis de la liquidation, et devait être permise à l'héritier musulman ; — cette solution a privé en l'espèce les créanciers personnels de l'héritier renonçant du recours qu'ils auraient pu exercer sur les biens de la succession, si le tribunal avait déclaré que le seul parti possible était l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

Nous n'avons cité ce jugement et les dispositions de Droit interne musulman qu'il consacre que pour montrer que les tribunaux se réfèrent strictement à la loi nationale du *de cuius* ou à la loi de la communauté religieuse à laquelle il appartient, pour fixer les différents partis que peuvent prendre les héritiers.

Il est cependant nécessaire de distinguer d'autres questions régies par la loi nationale de l'héritier : tout d'abord celle de capacité nécessaire pour accepter ; — en Droit français la capacité nécessaire est celle de s'obliger ; — il faudra consulter la loi nationale de l'héritier pour résoudre cette question.

D'autre part, certaines lois imposent au mineur l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ; — ce sera évidemment la loi nationale de l'héritier, seule qualifiée pour assurer la protection de ses intérêts qui dira si un parti lui est imposé ou s'il conserve sa liberté entière d'option.

Ces solutions ne paraissent pas soulever de contestations, il est seulement nécessaire de distinguer avec attention les différentes questions pour y faire application soit de la loi

nationale du *de cuius*, soit de la loi nationale de l'héritier ; — cette discrimination, cette qualification, est un exercice intellectuel absolument nécessaire et qui doit précéder tout autre examen, surtout en Tunisie où l'enchevêtrement et la complication sont de règle dans les problèmes de Droit international privé.

La seule question qui présente une difficulté réelle est celle des formes dans lesquelles la volonté de l'héritier doit se manifester.

Examinons à ce sujet trois décisions se rapportant aux formes de la renonciation.

La première a été rendue le 17 novembre 1894 par le juge de paix du canton nord de Tunis (Berge, 1895, p. 151).

Il s'agissait d'une succession italienne ; — les héritiers pour repousser l'action des créanciers héréditaires déclaraient avoir renoncé à la succession par acte passé devant le Consul d'Italie. Le jugement déclare implicitement que la forme dans laquelle la renonciation doit avoir lieu dépend de la loi nationale du *de cuius*, que la loi italienne ainsi applicable, impose en l'article 944 du Code civil italien que la renonciation ait lieu au greffe de la préture où la succession s'est ouverte, la renonciation devait par conséquent être faite au greffe du tribunal de Tunis, le Consul d'Italie n'ayant plus de pouvoirs judiciaires et les ayant délégués aux tribunaux français. Le jugement déclarait par conséquent la renonciation nulle en la forme et imposait aux héritiers de la réitérer au greffe du tribunal français dans un délai déterminé.

La deuxième a été rendue par le tribunal de Sousse sous la présidence de M. Negrin le 29 mars 1919 (Berge, 1920, p. 28). Le *de cuius* était un Anglo-Maltaï et ses héritiers avaient renoncé à sa succession par une déclaration faite au

Consulat d'Angleterre ; — le jugement fait application de la loi nationale de *de cujus* et se base sur l'article 563 de l'ordonnance maltaise qui prescrit aux héritiers qui veulent renoncer de faire une déclaration sur le registre de la Cour de juridiction gracieuse du lieu où le défunt résidait au moment de son décès ; — le tribunal déclare qu'avant le Protectorat, les Anglo-Maltaïes pour renoncer à une succession, devaient en vertu de ce texte renoncer au Consulat d'Angleterre en Tunisie si le défunt y était domicilié au moment de son décès, que par conséquent la renonciation devait avoir lieu au greffe du tribunal civil de Tunis auquel les pouvoirs des Consuls avaient été délégués.

Mais le tribunal déclare que les formes à employer sont celles de l'article 997 du Code de procédure civile français.

La troisième est une décision rendue par le tribunal de Tunis le 20 mars 1895 (B., 1895, p. 303). Le *de cujus* était un musulman algérien ainsi d'ailleurs que son héritier ; le tribunal a déclaré que la renonciation devait être faite suivant les formes de la loi française, c'est-à-dire aux termes de l'article 997 du Code de procédure civile par une déclaration au greffe du tribunal français ; — l'argumentation est la suivante : les musulmans algériens sont justiciables des tribunaux français et les règles de procédure françaises s'imposent à eux ; — l'article 997 du Code de procédure civile étant considéré comme une règle de procédure doit être respecté par les musulmans algériens.

On voit tout de suite la différence de doctrine entre ces décisions ; les deux premières déclarent que c'est la loi nationale du *de cujus* qui déterminera les formes de la renonciation ; en effet, c'est par application directe de la loi italienne dans le premier cas, de la loi anglo-maltaise dans le deuxième cas, que la déclaration au greffe du tribunal

français a été jugée nécessaire; le tribunal de Sousse dans la deuxième espèce a bien visé l'article 997 du Code de procédure civile, mais a laissé intact le principe général, à savoir l'application de la loi nationale du *de cujus* pour déterminer les formes de la renonciation; l'article 997 n'intervient qu'en fin de compte : une fois établi que la déclaration de renonciation doit être faite au greffe du tribunal, et ce, par application de la loi nationale, l'article 997 intervient à titre de disposition de procédure pour dire dans quelles formes cette déclaration doit être faite.

La deuxième décision au contraire considère la forme de la renonciation comme une disposition de procédure et déclare implicitement que tous les justiciables des tribunaux français ne peuvent renoncer qu'au moyen d'une déclaration au greffe; il y a lieu pour le tribunal, dans ce cas, d'une application pure et simple de la *lex fori*, de même par exemple que s'il s'agissait des formes d'administration de la preuve en justice.

La doctrine des deux premières décisions paraît plus conforme au Droit; il est difficile de considérer les dispositions réglant les formes d'une renonciation à succession comme des dispositions de procédure; l'intervention du greffier du tribunal ne permet en aucune façon de qualifier ces règles de dispositions de procédure.

La meilleure solution paraît être de considérer comme régulières les renonciations faites suivant les formes de la loi nationale du *de cujus*.

Il semble cependant que dans tous les cas la renonciation faite au greffe du tribunal français puisse être également considérée comme régulière, même si la loi nationale du *de cujus* impose une forme différente, et ce, non parce qu'il s'agit d'une disposition de procédure applicable à tous les

justiciables des tribunaux français mais parce que c'est une forme locale et qu'en vertu de la règle « locus regit actum » de caractère purement facultatif, les héritiers peuvent soit adopter les formes de la loi nationale du *de cujus*, soit adopter l'une des formes locales et en particulier celle prescrite par l'article 997 du Code de procédure civile français.

CHAPITRE III

LIQUIDATION ET PARTAGE DE LA SUCCESSION

SECTION I

**Droit de demander le partage. Capacité requise
pour le partage. Formes de partage.**

Supposons qu'une succession ouverte en Tunisie soit dévolue à plusieurs héritiers; ils sont entre eux en état d'indivision; auront-ils le droit de demander le partage; dans l'affirmative, quelle est la capacité requise à cet effet et quelles seront les formes du partage, ou plus exactement quelle sera la loi qui régira ces questions?...

§ I. — DROIT DE DEMANDER LE PARTAGE. — La solution découle en Droit français de l'article 815 du Code civil; le législateur français, hostile à l'indivision considérée avec raison comme incompatible avec une bonne gestion et nuisible au point de vue économique, autorise l'un quelconque des indivisaires à demander le partage et frappe de nullité toutes conventions contraires; quoique l'article 815 figure au titre des successions dans le Code civil, son application a été étendue à toutes les indivisions, quelle que soit leur origine.

La seule exception importante à signaler est la possibilité de passer des conventions ayant pour objet de prolonger pendant cinq ans au maximum l'état d'indivision.

Pour résoudre le problème en Tunisie il faut examiner la nature du droit de requérir le partage des biens successoraux et se demander s'il se rattache au Droit successoral ou au Droit des biens, si, par conséquent, il est régi par la loi nationale du *de cuius* ou par la loi territoriale.

Cette dernière théorie c'est-à-dire celle qui préconise l'application de la loi territoriale déclare que ce droit a surtout pour objet de transformer le caractère du droit de propriété son exercice fait d'un droit de propriété indivis un droit de propriété exclusif, il se rattacherait par conséquent au régime des biens, au statut des droits réels, et à ce titre dépendrait uniquement de la loi territoriale tunisienne.

Cette théorie aurait pour effet d'établir un double régime :

1° Celui relatif aux immeubles immatriculés pouvant figurer dans l'actif de la succession ;

2° Celui relatif aux autres biens de la succession, immeubles non immatriculés ou biens immeubles.

Pour les immeubles immatriculés la question se poserait de savoir si la loi foncière de 1885 comporte une disposition analogue à celle de l'article 815 du Code civil français.

La loi foncière est muette à ce sujet, mais il semble qu'elle prévoit pour l'indivisaire, tout comme en France, le droit de demander le partage.

En effet :

L'article 2 de la loi foncière déclare applicable aux immeubles successoraux les dispositions du Code civil français non contraires à ses propres dispositions ; dans le silence de la loi foncière, on peut ainsi faire appel aux règles du Code civil français qui cependant ne peuvent s'appliquer qu'au cas où elles seraient conformes à l'esprit général de la loi foncière. Ainsi le Code civil français s'appliquerait, toujours suivant la même théorie, aux successions immobi-

lières à une double condition : silence de cette loi et conformité de ses dispositions avec les principes généraux de cette loi ; remarquons en passant que lorsqu'une règle du Code civil français relative à la propriété et aux autres droits réels s'applique à un immeuble immatriculé elle prend le caractère d'une loi territoriale tunisienne ; ce n'est pas la loi française qui s'applique mais la loi tunisienne ; en effet le législateur aurait dû régulièrement reproduire intégralement dans la loi foncière les dispositions du Code civil appelées à la compléter ; il s'est contenté de procéder au moyen d'un renvoi à la loi française, mais il n'en reste pas moins que c'est l'article 2 de la loi foncière qui s'applique et non la loi française qui n'a aucun titre pour régir les immeubles tunisiens.

L'article 815 peut-il s'appliquer aux immeubles immatriculés ?

La loi foncière est muette et au surplus ses principes généraux n'interdisent en aucune façon à l'un des indivisaires le droit de requérir le partage.

Cela est si vrai que l'article 288 de la loi foncière autorise les créanciers de l'indivisaire à demander le partage de la totalité de la propriété ; on peut dire qu'en le faisant ils exercent un droit de leur débiteur, qui par conséquent se trouverait pourvu lui aussi de ce droit.

On peut par conséquent poser que si c'est de la loi territoriale tunisienne que doit dépendre la question de savoir si l'un des héritiers a le droit de demander le partage, cette loi territoriale autorise l'un des cohéritiers à exercer ce droit sur les immeubles immatriculés de la succession.

Pour les autres biens, biens meubles et immeubles non immatriculés, nous nous trouvons en présence d'une disposition contraire, celle de la loi musulmane, pour laquelle

l'état d'indivision est un état normal et recommandable et qui ne reconnaît pas à l'un des indivisaires le droit de faire cesser cet état.

Cette conséquence de la théorie qui conclut à l'application de la loi territoriale montre parfaitement son inexactitude ; il est difficile de concevoir par exemple qu'un héritier français soit privé de la possibilité de requérir le partage sous prétexte que les biens indivis seraient composés de meubles et d'immeubles non immatriculés.

En réalité il s'agit bien d'une institution faisant partie du droit successoral et à ce titre régie uniquement par la loi nationale du *de cuius*.

Il faut donc se demander pour résoudre le problème si la loi nationale du *de cuius* donne ou refuse à l'un des indivisaires le droit de demander le partage ; — si elle le lui donne, il pourra l'exercer sur toute la succession sans aucune distinction suivant la nature des différents biens qui la composent ; — si elle le lui refuse, il ne pourra l'exercer, même sur les immeubles immatriculés, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la loi foncière contient ou non une disposition analogue à celle de l'article 815 du Code civil français. Précisons cependant que nous ne nous occupons ici que des indivisions d'origine successorale, formées entre les héritiers d'une personne décédée ; — au cas où l'indivision aurait une autre origine, proviendrait par exemple de l'achat en commun d'une même propriété immatriculée, la loi foncière en sa qualité de loi territoriale serait applicable et autoriserait l'un des indivisaires à demander le partage sans qu'il y ait lieu de tenir compte des dispositions de la loi nationale de qui que ce soit.

Mais dans les indivisions formées entre les cohéritiers, il sera nécessaire de tenir compte de la loi nationale du *de*

cujus pour déterminer si l'un des cohéritiers peut demander le partage et l'imposer ainsi aux autres.

M. Soulmagnon, dans son ouvrage sur « La loi tunisienne du 1^{er} juillet 1885 » adopte également ces solutions^(v. p. 133), mais estime que la loi française doit se substituer en raison de son caractère d'ordre public aux lois normalement compétentes et que, par conséquent, les héritiers en Tunisie, quelle que soit la loi nationale de leur auteur et quels que soient les biens considérés peuvent toujours requérir le partage en vertu de l'article 815 du Code civil français ; — l'auteur estime cependant que la loi française ne peut se substituer à la loi religieuse d'un Tunisien normalement applicable en vertu des règles de conflits tunisiennes, elle ne pourrait le faire que si la loi normalement compétente est une loi étrangère.

Nous renvoyons à ce sujet à nos développements sur l'ordre public en Tunisie ; — rappelons que l'ordre public français, quoique invoqué couramment par les tribunaux français de Tunisie, ne peut s'opposer ni à l'application d'une loi étrangère ni à l'application d'une loi religieuse tunisienne, et que seul l'ordre public tunisien doit être pris en considération pour repousser l'application d'une loi normalement compétente.

Or, l'ordre public tunisien, en raison du fait que l'état d'in-division est un état habituel, en Tunisie ne paraît pas s'opposer à l'application d'une loi étrangère qui n'accorde pas à l'un des cohéritiers le droit existant en Droit français à son profit.

Il semble par conséquent qu'il n'y ait aucune raison d'accorder ce droit à l'un des cohéritiers nonobstant les dispositions de la loi nationale du *de cuius* qui le lui refusent.

Notons cependant que les tribunaux français de Tunisie qui à notre connaissance ne se sont pas prononcés sur la question actuellement étudiée, feraient vraisemblablement en l'espèce l'application de l'article 815 du Code civil français, considérée comme loi d'ordre public destinée à remplacer la loi nationale normalement compétente mais contraire à la règle posée par le dit article.

§ II. — Nos explications seront beaucoup plus brèves sur les deux autres questions.

La capacité requise pour demander le partage ne peut évidemment dépendre de la loi nationale du *de cuius*; — c'est purement et simplement une question de capacité dépendant de la loi nationale de l'héritier. C'est la loi nationale de ce dernier qui dira si la présence d'un tuteur est nécessaire, si l'autorisation du conseil de famille doit être requise, etc...

Si l'héritier dont il s'agit de déterminer la capacité est une femme mariée, ce sera sa loi nationale qui décidera si elle a besoin de l'autorisation maritale pour exercer le droit de demander le partage que lui confère la loi nationale du *de cuius*, ou si son mari peut agir seul; — on sait par exemple qu'en Droit français le mari peut tout seul demander le partage des biens dotaux advenus à sa femme par voie de succession puisque l'exercice des actions dotales lui appartient exclusivement.

§ III. — On sait qu'en Droit français le partage peut être soit amiable soit judiciaire et que cette dernière forme, longue, coûteuse et compliquée comporte de nombreuses opérations (formalités préparatoires d'inventaire, d'apposition de scellés, etc., formation des lots soumise à l'homolo-

gation du tribunal et tirage au sort des dits lots) et est imposée par la loi au cas où tous les cohéritiers ne seraient pas présents, majeurs et maîtres de leurs droits et au cas où l'un des cohéritiers refuserait d'adhérer à un partage amiable ; — ainsi la présence d'un mineur suffit à obliger les cohéritiers à recourir au partage judiciaire ; — de même la présence d'un cohéritier réfractaire à un accord.

S'il s'agit de savoir si la présence d'un incapable suffit pour nécessiter le partage judiciaire, ce sera la loi nationale de cet incapable qui donnera la solution de la question ; — il suffirait par exemple que l'un des cohéritiers mineurs soit Français pour qu'il soit nécessaire de procéder à un partage judiciaire même si par hypothèse la loi nationale des autres héritiers contient une disposition permettant le partage amiable en présence d'un mineur ; — en effet, l'opération doit être valable au regard de tous ; — pour cela, il faut examiner si chacune des parties réunit les conditions de capacité nécessaires ; — or, un mineur français pourrait demander la nullité d'un partage amiable de succession en vertu de sa loi nationale.

La deuxième question, celle de savoir si l'accord de tous les cohéritiers est exigé pour un partage amiable, doit être résolue suivant le même principe ; — il suffira par conséquent que la législation du cohéritier qui refuse le partage amiable impose l'accord de tous pour que le partage amiable devienne impossible et que le partage judiciaire soit désormais nécessaire.

Supposons maintenant que le partage judiciaire soit nécessaire dans les conditions précisées ci-dessus ou que tous les héritiers décident d'y recourir, quelle loi réglera les formes de ce partage judiciaire?...

Il ne faut pas oublier que la procédure française appli-

cable en Algérie est *ipso facto* et sans nulle promulgation, applicable devant les tribunaux français de Tunisie en vertu de l'article 7 du décret du 27 mars 1883 qui a organisé les dits tribunaux.

Or il s'agit bien en l'espèce de dispositions de procédure ; — ces règles ont pour objet de régir l'instance en partage qui se termine par l'attribution des lots aux indivisaires.

Il en résulte que les dispositions du Code civil français qui régissent l'instance en partage judiciaire sont applicables devant les tribunaux français de Tunisie et il nous paraît que les dites règles de procédure doivent être appliquées pour les instances en partage de toutes les successions dont le tribunal français sera saisi ; — on sait en effet que la procédure à suivre est déterminée par la *lex fori*.

SECTION II

Effets du partage.

On peut concevoir en législation deux systèmes extrêmes : l'un donnerait au partage un effet déclaratif, c'est-à-dire que le cohéritier qui a reçu son lot en vertu de la convention de partage amiable ou de l'instance en partage judiciaire, est censé avoir été propriétaire des objets formant son lot du jour du décès du *de cujus* et n'avoir jamais eu aucun droit sur les autres biens, le deuxième conférerait au partage un effet translatif et ferait de l'héritier un ayant cause de ses cohéritiers.

Le choix du système présente un intérêt capital : le premier efface la période d'indivision et entraîne la chute de tous les droits réels constitués par les héritiers sur d'autres biens que ceux mis dans leur lot ; — en effet ils n'ont jamais été propriétaires des dits biens et par conséquent n'avaient

aucune qualité pour les grever de droits réels. Le deuxième au contraire tient compte de la période d'indivision et oblige l'héritier à supporter les droits réels constitués par ses cohéritiers sur les biens formant son lot; en effet il est l'ayant cause de ses cohéritiers et par conséquent ne peut méconnaître les droits réels que ces derniers, propriétaires pendant une période déterminée, ont fait naître sur les biens qui devaient par la suite être attribués en propriété exclusive à un autre.

On connaît les solutions adoptées par le Droit interne français; elles se basent toutes sur la préoccupation d'assurer l'égalité entre les héritiers au détriment, le cas échéant, des créanciers qui ont consenti à traiter avec eux en période d'indivision.

1° Le partage, suivant l'article 883 du Code civil a un effet déclaratif; — l'héritier, après le partage, est censé avoir succédé seul et du jour du décès aux biens mis dans son lot; — il n'est à aucun titre l'ayant cause de ses cohéritiers; — il n'est pas, comme le voudrait le système le plus rationnel, mais le plus fertile en difficultés, pour partie l'ayant cause du *de cujus* et pour partie l'ayant cause de ses cohéritiers; — il est l'ayant cause direct du *de cujus* pour la totalité de son lot.

2° Le partage n'a un effet déclaratif que si le bien est mis dans le lot d'un des cohéritiers; — il a un effet translatif s'il se présente sous la forme d'une vente faite à un tiers suivie du partage du prix ou de la créance du prix.

3° Dans cette dernière hypothèse, le partage reprend son caractère déclaratif, si le cohéritier auteur des droits réels constitués sur le bien est exclu de l'attribution du prix, que cette exclusion soit antérieure ou postérieure à la constitution du droit réel.

4° Suivant la loi du 31 décembre 1910 les cohéritiers peuvent, par convention, écarter cet effet déclaratif et donner au partage un effet translatif; c'est ce qu'on indique habituellement en déclarant que la règle de l'article 883 n'est pas d'ordre public.

Introduisons maintenant la question dans le milieu tunisien et demandons-nous quelle loi déterminera l'effet du partage, est-ce la loi territoriale ou la loi nationale du *de cuius*?... Pour la clarté de l'exposé, mais seulement dans ce but, car, nous le verrons, la solution doit être la même pour tous les biens de la succession, distinguons entre les immeubles immatriculés et les autres biens de l'actif.

I. — IMMEUBLES IMMATRICULÉS

Nous rappelons les deux principes essentiels qui régissent leur statut :

a) Principe de publicité qui impose l'inscription de tous les droits, de tous les actes, à peine d'inopposabilité aux tiers et possibilité de se prévaloir du défaut d'inscription par tous ceux qui y ont intérêt;

b) Principe de la force probante relative qui protège les tiers ayant traité sur la foi des inscriptions.

Prenons une hypothèse concrète : un Français propriétaire d'un immeuble immatriculé décède en Tunisie laissant deux héritiers ; — l'un des héritiers hypothèque sa part indivise comme cela se pratique très couramment en Tunisie, puis est exclu du dit immeuble par la convention de partage ; — quel sera le sort de l'hypothèque ?

Est-ce qu'elle pourra être opposée à l'autre cohéritier ?

Deux théories se rallient toutes deux, pour résoudre ce

problème, à l'application de la loi territoriale c'est-à-dire la loi foncière tunisienne de 1885 ; — elles ne font ainsi aucun cas de l'application de la loi nationale c'est-à-dire dans l'espèce ci-dessus de la loi française qui attribue au partage un effet déclaratif.

Mais elles sont en désaccord sur le contenu de cette loi territoriale et prétendent, l'une, qu'elle consacre la théorie de l'effet translatif, la deuxième, la théorie de l'effet déclaratif ; — elles aboutissent ainsi à des conclusions diamétralement opposées ; — dans l'espèce ci-dessus, la première pose le principe de l'application de la loi territoriale tunisienne et déclare que l'hypothèque peut être opposée à l'héritier après le partage, car dit-elle, cette loi territoriale confère au partage un effet translatif ; — la deuxième part également de l'application de la loi territoriale, mais conclut à l'inopposabilité de l'hypothèque, le partage ayant un effet déclaratif aux termes même de cette loi.

Il est intéressant de suivre leur discussion, quoiqu'en nous nous rallions à l'application de la loi nationale du *de cujus* comme nous le verrons par la suite, et que, par conséquent, il n'y a pas d'intérêt direct à l'interprétation de la loi territoriale tunisienne en matière de partage d'immeubles immatriculés faisant partie d'une succession ; — mais cette interprétation a beaucoup d'intérêt pour les indivisions portant sur des immeubles immatriculés et n'ayant pas une origine successorale, car, dans ce cas, ce sera bien la loi territoriale qui déterminera les effets du partage.

La première théorie fait état du silence de la loi foncière sur les effets du partage et soutient que l'article 2 de la dite loi, qui permet aux dispositions du Code civil de s'appliquer aux immeubles immatriculés, n'ouvre en aucune façon la porte à l'article 883 du dit Code car cet article est contraire

à l'esprit de la loi foncière et en particulier au principe de la force probante énoncée ci-dessus.

En effet, disent les partisans de cette théorie, le créancier hypothécaire, pour rester dans l'espèce posée plus haut, a tenu compte du fait que le titre foncier était au nom des deux héritiers ; — il a ajouté foi à cette inscription et n'a prêté sur la part indivise de l'un des cohéritiers que parce que le titre mentionnait que ce dernier en était copropriétaire. L'annulation, par suite du partage postérieur, serait une atteinte au principe de la force probante articulée en particulier dans l'article 16 de la loi foncière.

Ils ajoutent encore que la loi foncière ne permet pas à une inscription de rétroagir ; — ainsi les quelques privilèges admis par la dite loi n'ont effet que du jour de leur inscription ; — or la fiction de l'effet déclaratif entraînerait cette conséquence que l'inscription du partage aurait effet non à sa date mais au jour du décès du *de cujus*.

Cette théorie conclut par conséquent que la loi territoriale tunisienne, applicable dans tous les cas aux immeubles immatriculés faisant partie de n'importe quelle succession, consacre la règle de l'effet translatif du partage.

Il leur est répondu avec beaucoup de raison par les partisans de la théorie contraire, c'est-à-dire de celle qui déclare que la loi foncière consacre la règle de l'effet déclaratif du partage :

1° Que l'article 883 est applicable aux immeubles immatriculés en vertu de l'article 2 de la loi foncière, car il n'est nullement contraire aux principes généraux de la dite loi.

En effet, la loi foncière ne pose pas le principe de la force probante absolue, mais celui de la force probante relative.

En effet, elle ne protège pas ceux contre lesquels peut

intervenir directement une action en annulation, résolution, rescision..., etc... ; — un acte n'est pas valable par le seul fait de sa transcription ; — elle ne protège que les sous-acquéreurs et les créanciers hypothécaires de l'acquéreur qui eux ne doivent pas suivant le système de la loi foncière souffrir d'une action en nullité ou autre introduite contre leur auteur car ils ont traité sur la foi de l'inscription ; — ainsi ce principe empêche les dites actions de rétroagir contre les sous-acquéreurs et les créanciers hypothécaires de ces derniers, mais n'interdit nullement d'obtenir la chute des actes vis-à-vis des acquéreurs et des créanciers hypothécaires qui ont traité avec les héritiers.

Dans l'espèce qui nous guide, le créancier hypothécaire était censé connaître la loi et devait savoir qu'en traitant avec un propriétaire indivis il s'exposait à voir son hypothèque disparaître par suite de la disparition des droits de l'emprunteur sur l'immeuble.

D'une manière générale ceux qui traitent directement avec des propriétaires indivis doivent s'attendre à être exclus par la suite par l'effet du partage ; — ils traitent ainsi en toute connaissance de cause.

2° Que ce n'est nullement faire rétroagir une inscription que de dire que le partage a constitué le cohéritier propriétaire du jour du décès ; en effet deux inscriptions ont été successivement prises, l'une au nom des cohéritiers, l'autre au nom d'un seul ; — cette dernière inscription ne rétroagit pas ; — la loi lui attribue seulement un effet particulier, celui de conférer un droit exclusif de propriété sur tout l'immeuble du jour du décès à l'un des cohéritiers seulement.

Nous aboutissons ainsi à cette conclusion que l'article 883 s'applique bien aux immeubles immatriculés de Tunisie

comme loi territoriale tunisienne incorporée à la loi foncière de 1885 mai seulement pour les indivisions ayant une autre origine qu'une dévolution successorale.

Pour ces dernières en effet nous adoptons résolument la règle de l'application de la loi nationale du *de cujus* pour déterminer les effets du partage entre les cohéritiers, ce qui rend inutile la controverse ci-dessus; — la seule question qui se posera en effet est non pas si la loi territoriale tunisienne attache un effet déclaratif ou translatif au partage, mais si la loi nationale du *de cujus* se rallie à l'une ou à l'autre solution.

Un jugement du président Fabry du 17 janvier 1898 (Berge, 1898, p. 226) adopte cette thèse et consacre l'application de la loi nationale pour déterminer les effets du partage.

Il s'agissait en l'espèce d'une succession régie par la loi maltaise en raison de la nationalité du *de cujus*; — l'un des cohéritiers administrait la succession et s'était permis de passer en qualité d'administrateur et au nom de ses cohéritiers un acte hypothéquant les immeubles de la succession; — le tribunal a déclaré qu'il ne s'agissait pas d'un acte d'administration et qu'en l'absence de mandat conféré par ses cohéritiers il avait agi en son nom seul et n'avait hypothéqué que sa part indivise — le tribunal, amené ainsi à statuer sur la validité de l'hypothèque portant sur la part indivise de l'héritier, a déclaré que cette validité devait être subordonnée au partage de la succession, car la loi maltaise (art. 191 et 649 de l'ordonnance maltaise du 11 février 1870) admet comme en Droit français l'effet déclaratif du partage; — il fallait par conséquent attendre le partage pour voir si l'immeuble grevé de l'hypothèque était mis dans le lot de l'héritier qui l'avait constituée ou dans le lot d'un autre

Ainsi le président Fabry avait admis que la règle de l'effet du partage était une règle de Droit successoral dépendant comme telle de la loi nationale du *de cujus*.

Cette solution me paraît indiscutable ; — il s'agit en effet avant tout d'une opération de liquidation de l'actif successoral à laquelle doit s'appliquer la règle générale de l'application de la loi nationale.

Il ne faut pas s'attacher à l'objet du partage, c'est-à-dire aux biens successoraux, mais à la nature de l'opération elle-même qui a pour but de mettre chaque cohéritier en possession de sa part successorale ; — cette mise en possession se fait par application des principes de la dévolution de la succession, puisqu'elle prend pour base ces principes afin de constituer le lot de chacun ; — elle doit être régie par la même loi qui règle la dévolution à savoir la loi nationale du *de cujus*.

Ainsi dans l'espèce imaginée ci-dessus nous déclarerons que le partage a produit un effet déclaratif suivant la loi française, applicable par suite de la nationalité du *de cujus* et nous concluerons par conséquent à l'inopposabilité de l'hypothèque au cohéritier attributaire de l'immeuble immatriculé.

II. — IMMEUBLES NON IMMATRICULÉS ET MEUBLES

Les explications ci-dessus nous dispensent de longs développements.

Il est inutile de rechercher si la loi territoriale relative aux immeubles non immatriculés et aux meubles confère au partage un effet déclaratif ou translatif puisqu'il y a lieu de faire application uniquement de la loi nationale du *de cujus* qui régira toute la masse successorale sans distinction entre

ses éléments et attachera le même effet au partage quels que soient les biens à distribuer.

Terminons par une observation importante :

Il n'y a nullement lieu pour les tribunaux français de Tunisie d'imposer la règle de l'article 883 du Code civil français à toutes les successions, qu'elles soient françaises, étrangères ou tunisiennes, sous prétexte que l'ordre public français ne permet pas à une règle contraire de s'appliquer.

Nous savons en effet :

1° Que cette règle n'est pas d'ordre public puisque les parties peuvent y déroger par convention ;

2° Que les tribunaux français de Tunisie ne doivent pas tenir compte de l'ordre public français mais de l'ordre public tunisien qui n'exige en aucune façon l'application de la règle de l'effet déclaratif du partage.

Ainsi pour déterminer les effets d'un partage de biens successoraux il y a lieu de se référer à la loi nationale du *de cuius* et en faire application sur tous les biens de la succession et ce, d'une façon rigoureuse et sans substituer à la loi normalement compétente les dispositions de la loi française énoncées au début du présent exposé.

SECTION III

Obligation aux dettes successorales.

La situation des créanciers successoraux est déterminée par la loi nationale du *de cuius* ; — il n'y a aucune raison d'appliquer une autre loi que cette dernière, loi de Droit commun en matière de successions en Tunisie ; — nous y voyons même une fort bonne méthode de faire appel de plus fort à la dite loi : c'est que les créanciers successoraux n'ont ainsi aucune surprise ; — ils ont traité avec une personne

d'une nationalité déterminée ce sera sa loi nationale qui règlera leur situation au décès du débiteur et non pas la loi nationale d'héritiers qu'ils pouvaient ignorer.

Cette règle a été maintes fois consacrée par la jurisprudence des tribunaux de Tunis et de la Cour d'appel d'Alger.

Par conséquent :

1° La loi nationale du *de cujus* décidera à qui incombe l'acquittement du passif successoral ; — si le *de cujus* est Français, cette charge incombera à tous ceux qui succèdent à titre universel, mais en outre au successeur anormal et au conjoint qui succède en usufruit, bien que tous deux légataires particuliers ;

2° La même loi décidera si les héritiers sont tenus *intra vires* ou *ultra vires hereditatis*.

Notons à ce propos que les lois religieuses musulmane et israélite se rallient nettement à l'idée que les héritiers sont des successeurs aux biens et nullement des continuateurs de la personne du défunt et sont par conséquent tenus *intra vires hereditatis* dans tous les cas (jugem. Tunis, 15 mai 1901, Berge, 1902, p. 388. Jugem. Sousse, 9 avril 1903, Berge 1904, p. 548, Arrêt Alger, 5 mai 1892, Berge 1893, p. 234. Jugem, Tunis 28 janvier 1931, Berge 1931, p. 114).

Nous savons qu'en France la plus récente jurisprudence lie l'obligation aux dettes *ultra vires* non pas au caractère universel de la vocation successorale mais à la saisine et déclare par conséquent que sont tenus seulement *intra vires* les légataires à titre universel non en concours avec des héritiers à réserve et non institués par testament authentique et les successeurs irréguliers.

Les lois tunisiennes ont une tendance très louable à séparer nettement le patrimoine du défunt de ceux des héritiers et, le plus souvent, pour accentuer cette séparation

et protéger les droits des créanciers, recommandent la nomination de liquidateurs chargés de réaliser l'actif et d'éteindre le passif, les héritiers ne recueillant le cas échéant que le solde, sans avoir subi les poursuites des créanciers. Cette règle évite aux héritiers les ennuis de la liquidation et permet de maintenir l'égalité entre les créanciers.

C'est dire que l'obligation *intra vires* ne se discute plus dans les successions musulmanes et israélites ; — en conséquence si le *de cuius* est Tunisien, aucune acceptation bénéficiaire n'est nécessaire pour mettre les héritiers à l'abri des poursuites sur leurs propres biens et à l'abri d'une responsabilité indéfinie.

S'il s'agit d'un Européen, ce sera l'examen de sa loi nationale qui permettra de dire l'étendue de l'obligation des héritiers vis-à-vis des créanciers.

3° Ce sera encore la même loi qui dira si la dette se divise de plein droit entre les héritiers et dans quelles proportions.

En Droit français la dette se divise de plein droit et le créancier ne peut échapper à ce désagrément qu'en stipulant l'indivisibilité ; on sait que dans certains cas, le créancier, outre l'ennui des poursuites fractionnées peut perdre une partie de sa créance s'il se heurte à un cohéritier insolvable et qu'il n'a pu empêcher au moyen de mesures conservatoires de dilapider la part héréditaire.

Les conflits de lois en cette matière sont difficiles à rencontrer ; — bornons-nous encore à citer, à défaut de conflit, les dispositions des lois internes tunisiennes qui prévoient également la division des dettes entre les héritiers (Alger, 21 décembre 1892. Berge, 1893, p. 235).

4° La loi nationale du *de cuius* déterminera les droits de poursuites des créanciers.

Elle dira si, comme en Droit français, il doit attendre un

certain temps avant d'agir; — nous ne croyons pas que la disposition française qui permet aux héritiers de demander trois mois et quarante jours pour faire inventaire et déli-bérer, puisse être considérée comme une règle de procédure applicable dans tous les cas devant les tribunaux français; — il faut se référer à la législation nationale du *de cujus* pour rechercher l'existence et la durée de ce délai.

Notons en passant une règle de droit musulman assez curieuse qui permet aux créanciers de poursuivre même l'héritier renonçant de façon à obtenir un titre exécutoire dans lequel il sera stipulé cependant que le patrimoine de l'héritier ne pourra être touché (Tunis, 11 avril 1894. Berge, 1894, p. 307).

SECTION IV

Retrait successoral.

Cette question soulève en Tunisie un intéressant problème de qualification.

Cette institution a surtout pour but de permettre la conservation des biens dans la famille et d'empêcher l'intervention de personnes étrangères qui pourraient s'opposer au partage amiable dans un but spéculatif.

Elle permet aux cohéritiers de racheter sous certaines conditions les droits successifs vendus par l'un des héritiers à un tiers et de se substituer par conséquent à ce dernier dont le droit se trouve résolu.

Suivant la loi française ce droit peut être exercé par tout héritier ou tout légataire ayant un titre à l'universalité ou à partie de l'universalité de la succession; — il ne peut être exercé que contre un tiers et non contre un cohéritier; — il faut en outre que l'acquisition ait eu lieu à titre onéreux et

porte non sur un objet déterminé mais sur des droits successifs. Enfin aucun délai n'est imparti au retrayant qui peut exercer son droit jusqu'au partage.

Ces règles donnent ainsi au retrait successoral français sa physionomie propre.

Quelle sera la loi à laquelle il faudra se référer en Tunisie pour savoir si le retrait successoral peut être exercé et dans l'affirmative les conditions qui en délimitent l'exercice?...

Pour bien comprendre les développements qui vont suivre il faut savoir :

1° Que la loi territoriale tunisienne relative aux immeubles prévoit un droit de préemption assez voisin du retrait successoral mais qui s'en distingue à plusieurs points de vue :

a) Il n'est pas accordé aux cohéritiers seulement mais à tout propriétaire indivis, quelle que soit la cause de l'indivision, et même dans certains cas au propriétaire voisin ;

b) Il est accordé non pas au cas de vente de droits successifs mais d'une part indivise quelconque sur un objet déterminé ;

c) Il obéit à des conditions de délai déterminées à la différence du retrait successoral qui tout au moins en Droit français peut être exercé jusqu'au partage.

2° Que la loi territoriale tunisienne est double et organise un droit de préemption différent suivant qu'il s'agit d'immeubles immatriculés ou d'immeubles non immatriculés ; — dans le premier cas le droit de préemption est régi par la loi de 1885 et dans le deuxième cas par la loi musulmane ; — les principales différences tiennent aux personnes qui peuvent l'exercer (le propriétaire voisin n'ayant ce droit qu'au cas où l'immeuble n'est pas immatriculé et seulement dans l'un des deux rites religieux, le rite hanefite) et aux délais ; ainsi la loi foncière prévoit un délai de huit jours

après que la vente est parvenue à la connaissance de la personne qui veut exercer le droit de préemption et déclare impossible l'exercice de ce droit plus de six mois après la vente, tandis que la loi musulmane permet toujours l'exercice de ce droit mais seulement dès qu'on a eu connaissance de la vente.

On saisit dès à présent la difficulté de qualification : dans les différentes espèces qui peuvent se présenter, est-on en présence d'un droit de préemption régi par la loi territoriale, et plus précisément par l'une ou l'autre des deux lois territoriales ou d'un retrait successoral?...

L'intérêt de la qualification sera très grand puisque les conditions d'exercice sont différentes dans l'un et l'autre cas.

Une fois cette question de qualification résolue, supposons qu'il s'agisse d'un retrait successoral ; — quelle sera la loi qui déterminera son existence et ses conditions d'exercice?...

Il y a ainsi deux questions distinctes ; — l'une ayant pour objet de distinguer le retrait successoral du droit de préemption ; — l'autre concernant la recherche de la loi applicable au retrait successoral proprement dit.

Laissons-nous guider par une espèce soumise à la Cour d'Alger et tranchée le 19 décembre 1923 (Berge, 1924, p. 116) :

Un Anglo-Maltais décède en Tunisie ; — il laisse un testament divisant son actif en 25 parts et attribuant ces parts à des personnes déterminées ; — chacune d'elle n'hérite pas d'un objet déterminé mais d'une part de la succession ; — ils étaient tous par conséquent des héritiers à titre universel.

L'un d'eux cède ses parts à un tiers ; — l'un des cohéritiers veut exercer le retrait successoral.

La Cour d'Alger a rejeté sa prétention en faisant le raisonnement suivant :

La succession comprend des immeubles immatriculés et des biens meubles. Il faut examiner séparément le retrait successoral appliqué aux premiers et celui appliqué aux autres biens.

Pour les immeubles immatriculés dit l'arrêt il faut appliquer la loi foncière ; — le motif principal est le suivant : « Attendu que dans l'article 2 de la loi foncière il est dit que ses dispositions l'emportent aussi bien sur celles du Code civil français déclarées applicables que sur le statut personnel ou les règles de succession des titulaires de droits immobiliers (!) ».

Il résulte de ce principe que c'est la loi territoriale qui est applicable et plus exactement les articles 80 et 82 de cette loi qui organisent le droit de préemption.

Or, le délai de huitaine augmenté des délais de distance après la connaissance de la vente par l'indivisaire étant écoulé, la prétention n'était pas recevable.

Quant aux objets meubles, dit l'arrêt, le retrait successoral dépend de la loi nationale du *de cuius*, la loi maltaise qui prévoit pour son exercice un délai d'un mois après la vente, écoulé en l'espèce.

Le retrait successoral était donc également rejeté pour les objets meubles.

Cette espèce montre clairement les difficultés rencontrées en la matière ; — il nous est difficile de l'approuver dans sa solution relative aux immeubles immatriculés.

Envisageons successivement les deux questions distinguées plus haut, celle de la qualification et celle de la loi applicable au retrait successoral.

On sait qu'en Droit français le retrait successoral ne peut jouer que s'il y a cession de droits successifs et non cession d'une part indivise sur un objet déterminé ; — dans l'espèce

examinée ci-dessus, il est incontestable que s'il était fait application des qualifications du Droit français, on devrait décider qu'il s'agit bien d'un retrait successoral et nullement d'un droit de préemption, puisque l'héritier avait vendu l'universalité de ses parts indivises sur tous les biens de la succession.

On se souvient de nos solutions en matière de qualifications : application de la loi tunisienne et au cas de carence de cette loi, application de la loi française, loi de complément.

Or, en l'espèce, il existe une loi territoriale et c'est la loi foncière ; — cette loi foncière décrit le droit de préemption en son article 80 et n'en prévoit l'exercice qu'en cas de vente d'une part indivise sur un immeuble ou des immeubles déterminés ; — il faut en conclure que la loi territoriale tunisienne décide implicitement que le droit de retrait successoral s'applique dans le cas de cession d'une part à titre universel de la succession, puisque le droit de préemption ne s'applique qu'au cas de vente portant sur un objet déterminé.

D'ailleurs en supposant la loi territoriale muette, il faudrait appliquer, pour qualifier l'institution, la loi française qui aboutit à la même solution en l'espèce, à savoir retrait successoral quand il y a vente de droits successifs.

Par conséquent, en l'espèce ci-dessus, il fallait dire qu'il y avait retrait successoral et non droit de préemption.

L'arrêt semble l'avoir dit, mais il déclare à tort que le droit successoral doit s'effacer devant la loi territoriale lorsqu'il s'agit d'immeubles immatriculés.

Il faut remarquer à ce sujet que l'interprétation de l'article 2 de la loi foncière donnée par l'arrêt est absolument fantaisiste et même contraire au texte qui, loin de marquer

la supériorité de la loi foncière sur la loi des successions réserve au contraire formellement l'application de cette dernière même sur les immeubles immatriculés.

Il n'y avait nullement lieu, en conséquence, à application de la loi territoriale pour les immeubles immatriculés, mais application de la loi nationale du *de cuius*, tant pour les immeubles immatriculés que pour les meubles ; — l'arrêt avait bien fait application de la loi nationale du *de cuius*, mais seulement pour les meubles et c'est là sa principale erreur.

Il fallait dire : il s'agit d'une question de retrait successoral, tant suivant les qualifications de la loi tunisienne que suivant celle de la loi française ; — il faut y appliquer la loi nationale du *de cuius*, tant pour les immeubles immatriculés que pour les meubles, car il n'y a aucune raison de distinguer entre les différents biens de la succession ; — la loi foncière, en effet, réserve l'application des lois successorales des propriétaires d'immeubles immatriculés.

Et nous avons ainsi résolu la deuxième question annoncée, à savoir quelle est la loi compétente pour régir le retrait successoral. Une fois admis par les principes de qualifications énoncés ci-dessus qu'il s'agit bien d'un retrait successoral, il est hors de doute que seule la loi nationale du *de cuius* a compétence pour déterminer l'existence de ce droit et ses conditions d'exercice ; il s'agit encore ici d'une question de droit successoral régie par la loi habituelle, c'est-à-dire la loi nationale du *de cuius*. Il faut remarquer en effet que ce droit a pour but principal d'empêcher des étrangers de s'approprier les biens familiaux et d'entraver par leur présence les opérations du partage qui exigent beaucoup de bonne volonté de la part des indivisaires ; — c'est évidemment de la loi qui régit la famille, les effets de la parenté

que doit dépendre le retrait successoral ; — il n'y a aucune raison valable de s'écarter de l'application de la loi de droit commun en matière de successions, c'est-à-dire de la loi nationale du *de cuius*.

SECTION V

Séparation des patrimoines.

Cette institution a pour origine en Droit français la *separatio bonorum* romaine : pour éviter que les créanciers de la succession subissent le concours des créanciers des héritiers, le Droit romain avait recours à cette mesure séparant le patrimoine des héritiers de celui du *de cuius* ; — elle avait alors un caractère collectif, puisqu'elle portait sur tous les biens de la succession, bénéficiait à tous les créanciers et était opposable à tous les héritiers ; — la liquidation du patrimoine successoral permettait ainsi de désintéresser les créanciers de la succession sans que les créanciers des héritiers puissent concourir à la distribution. L'institution a conservé son caractère de mesure collective en Droit français dans trois hypothèses : — celle de faillite ou liquidation judiciaire après décès, celle où l'un des héritiers a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, celle de vacance de la succession ; — dans ces cas exceptionnels, l'inventaire du syndic ou du liquidateur, l'inventaire de l'héritier, les mesures de liquidation du curateur permettent une séparation nette des deux patrimoines et un fonctionnement utile du privilège.

Mais le principe général est que la séparation des patrimoines n'est qu'une mesure individuelle qui ne profite qu'au créancier qui l'invoque, sur le bien déterminé au sujet duquel la question s'est posée et vis-à-vis seulement de

l'héritier ou des héritiers contre qui le créancier s'en prévaut.

Ce privilège n'est conservé qu'à certaines conditions au cas d'acceptation pure et simple :

1° Meubles successoraux :

a) A condition qu'ils n'aient pas été aliénés et se trouvent par conséquent entre les mains des héritiers ;

b) A condition qu'il n'y ait pas une confusion de fait entre les meubles de la succession et les meubles des héritiers ;

c) A condition que le privilège soit invoqué dans les trois ans du décès.

2° Immeubles successoraux. — La question mérite des développements plus étendus, qui nous serviront quand nous aborderons l'étude de ce privilège en Tunisie.

Première hypothèse. — L'immeuble est toujours entre les mains des héritiers :

Il est nécessaire que le privilège soit inscrit sur les immeubles successoraux ; — si l'inscription a lieu dans le délai de six mois après le décès, elle prend rang au jour du décès quelle que soit la date où elle est prise à l'intérieur de ce délai ; c'est une supériorité du privilège sur l'hypothèque spéciale qui ne prend rang qu'à sa date.

Si l'inscription a lieu postérieurement au délai de six mois « le privilège dégénère en hypothèque » et par conséquent, prend rang à sa date ; — il pourra être ainsi primé par les hypothèques inscrites antérieurement du chef des héritiers.

Deuxième hypothèse. — L'immeuble a été vendu :

Si l'inscription a été prise antérieurement à la transcription de la vente, la jurisprudence française (Cassation, 27 juillet 1870, D. P., 71, I, 352), déclare contrairement à la

doctrine, que les créanciers ont un droit de suite sur les immeubles grevés de l'inscription ; — elle a été surtout poussée par des arguments d'équité : facilité pour l'héritier de vendre les immeubles successoraux et de frustrer ainsi les créanciers successoraux, hypothèque légale et par conséquent droit de suite accordé par la loi aux légataires successoraux dont la situation est moins digne d'intérêt que celle des créanciers.

Si, au contraire, l'immeuble a été vendu et la vente transcrite, ce sera une cause d'arrêt des inscriptions qui empêchera les créanciers de la succession d'inscrire leur privilège, même s'ils se trouvent encore dans le délai de six mois.

Il faut noter enfin que ce privilège existe en Droit français, tant au profit des créanciers que des légataires de sommes d'argent à titre particulier.

Ce privilège de la séparation des patrimoines existe-t-il en Tunisie, de quelle loi dépend-il, comment va-t-il jouer ?...

Pour nous guider, nous allons examiner l'une des rares décisions rendues sur la question (Trib. Sousse, président M. Berge, juillet, 13 août 1890 ; Berge, 1891, p. 60. *Rev. Alg.*, 1890, p. 457) :

Un Italien décède en Tunisie ; — il avait de son vivant, contracté un emprunt auprès d'un tiers et lui avait consenti une hypothèque sur des immeubles non immatriculés ; — on sait que suivant la législation musulmane qui régit le statut des immeubles non immatriculés, il n'y a pas d'inscription à prendre sur des registres publics ; — le droit de propriété est constaté par un titre détenu par le propriétaire et se présentant sous la forme d'un rouleau composé des différents actes de mutation collés l'un à la suite de l'autre. Pour hypothéquer l'immeuble, le propriétaire remet le titre au

créancier hypothécaire. En l'espèce, malgré l'acte constatant l'hypothèque, le titre n'avait pas été remis au créancier hypothécaire, ce qui entraînait l'inopposabilité de l'hypothèque aux tiers. Disons tout de suite que le tribunal a dénié à ce créancier l'hypothèque qu'il invoquait et l'a considéré comme un simple créancier chirographaire. Ne tenons compte par conséquent que de cette qualité et examinons le procès : l'action était qualifiée d'action en séparation de patrimoines ; — le créancier demandait à exercer son privilège sur les titres tant, disait-il, vis-à-vis des autres créanciers de la succession que des créanciers des héritiers ; — comme nous l'avons vu, il a succombé dans sa première prétention ; — mais sur la seconde, la seule qui nous intéresse, puisqu'elle met en jeu le privilège de la séparation des patrimoines, quelle a été la solution adoptée par le tribunal ?...

Elle a été parfaitement raisonnable.

Il faut distinguer, a-t-il dit, entre la question de l'existence du privilège et celle de ses effets sur les immeubles de la succession.

La première pouvait être qualifiée de question de Droit successoral ; — elle fait partie en effet de l'ensemble des mesures prévues par la loi pour liquider le patrimoine successoral et dire dans quelle mesure et suivant quelles modalités les créanciers du *de cuius* en bénéficieront. Elle devait donc être résolue par l'application de la loi nationale du *de cuius* ; — en l'espèce le *de cuius* étant Italien et le Code civil italien (art. 2059 et 2060) prévoyant son existence, il y avait lieu de déclarer que les créanciers du *de cuius* pouvaient en bénéficier.

Mais la question de savoir à quelles conditions ce privilège peut être conservé sur les immeubles est une question de

droit immobilier qui ne peut être résolue que par l'application de la loi territoriale. Or quelles sont les règles de la loi territoriale tunisienne, ou plutôt quelles étaient les règles de la loi tunisienne à la date du procès en question ?

Elles ne prévoyaient pas le privilège de la séparation des patrimoines, mais cela importait peu puisque son existence dépendait de la loi nationale du *de cujus* qui le prévoyait en l'espèce. Il n'y avait pas d'inscription possible puisqu'il n'y avait pas de registres publics ; — dans ces conditions si l'immeuble était aliéné et les titres remis à l'acquéreur, le privilège disparaissait. Si l'immeuble existait encore entre les mains des héritiers, aucune inscription n'était nécessaire, mais pour éviter que le privilège fût primé par des hypothèques nées du chef des héritiers, il fallait enlever aux héritiers la détention des titres qui leur aurait permis de créer des droits réels au profit de tiers et même d'aliéner les immeubles.

C'est pourquoi le tribunal, pour permettre au privilège de la séparation des patrimoines de produire son effet, a ordonné la remise des titres à un séquestre étant précisé que sur le prix à provenir des immeubles au cas d'aliénation volontaire ou forcée, les créanciers de la succession viendraient par privilège et de préférence aux créanciers des héritiers.

On voit la façon très curieuse dont se comporte cette institution qui implique pour les immeubles l'existence de registres publics, dans ce milieu très particulier que représente la Tunisie et en particulier le Droit immobilier tunisien. Mais le régime des immeubles non immatriculés vient d'être transformé de fond en comble par une législation récente ; — le décret du 23 janvier 1935 qui mériterait de longs développements, vient d'instituer pour ces immeubles un statut voisin de celui des immeubles immatriculés et

s'inspirant des mêmes principes ; — sans entrer dans le détail de ce décret, disons qu'il a imposé la création de feuillets constatant l'état matériel et l'état juridique de l'immeuble, sur lequel non seulement les droits, mais les prétentions de chacun devront être inscrits à peine d'inopposabilité aux tiers.

Désormais, si la question de la séparation des patrimoines se pose à propos d'un immeuble non immatriculé pour lequel un feuillet a déjà été établi, les créanciers seront tenus de prendre inscriptions sur ledit feuillet, mais il nous semble que suivant les principes du livre foncier, le privilège ne peut prendre rang qu'à sa date et au surplus ne peut conférer un droit de suite aux créanciers de la succession.

Mais il ne faut pas oublier que la législation territoriale en Tunisie est double au point de vue des immeubles et que la loi foncière de 1885 régit exclusivement les immeubles immatriculés conformément à ses prescriptions.

Une fois admise l'existence du privilège de la séparation des patrimoines par application de la loi nationale du *de cuius*, comment cette loi nationale va-t-elle se combiner avec les dispositions de la loi foncière de 1885 ?...

Il faut rappeler ici certaines règles importantes du livre foncier :

1° Les inscriptions ne prennent jamais rang qu'à leur date ; — elle ne rétroagissent jamais ; cette règle est motivée par le désir essentiel du législateur, celui d'assurer d'une façon parfaite la sécurité des tiers ; — lorsqu'un tiers consulte le titre foncier, il doit être certain qu'il n'y a pas sur ledit titre d'autres droits que ceux qui sont inscrits ; — si après cet examen il prête par exemple sur hypothèque et inscrit la dite hypothèque, il doit avoir la certitude que cette hypothèque ne sera primée que par les inscriptions qu'il a constatées ; —

il ne faut pas qu'une inscription postérieure puisse prendre rang avant la sienne.

Cette règle nous conduira à cette conséquence que le privilège de la séparation des patrimoines ne prendra jamais rang qu'à sa date ; — si par exemple le *de cujus* est Français, le créancier de la succession, même s'il inscrit son privilège dans le délai de six mois, sera primé par les hypothèques nées des héritiers et inscrites antérieurement.

Ainsi lorsque l'immeuble reste entre les mains des héritiers le privilège dégénère toujours en hypothèque et ne prend rang qu'à sa date.

2° La loi foncière ne munit du droit de suite que les hypothèques et certains privilèges généraux très peu nombreux et limitativement énumérés.

Par conséquent, les créanciers successoraux qui ont régulièrement inscrit leur privilège ne peuvent cependant l'opposer aux tiers acquéreurs.

Le privilège reprend ainsi son véritable caractère de droit de préférence, non assorti du droit de suite.

Il faut noter cependant que cette hypothèse de l'aliénation de l'immeuble immatriculé n'est pas bien dangereuse, car la loi foncière confère aux créanciers un droit particulièrement efficace, celui d'empêcher la vente des immeubles de leurs débiteurs ou plutôt la transcription de l'aliénation, au moyen de l'inscription sur le titre d'un simple commandement fait soit en vertu d'un titre exécutoire soit en vertu de l'inscription hypothécaire, s'ils sont créanciers hypothécaires ; — dans ce dernier cas leur hypothèque leur confère le droit de suite et la question ne se posera pas ; — ce moyen est surtout efficace pour les créanciers chirographaires du *de cujus* qui pourront ainsi au moyen du commandement empêcher les aliénations et permettre à leur privilège, régu-

lièrement inscrit, de produire tout son effet vis-à-vis des créanciers des héritiers.

En outre, contrairement au Droit français l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire ne dispense nullement le créancier de prendre inscription ; — on se trouve ici en présence d'une règle de la loi territoriale particulièrement impérieuse : celle de la nécessité absolue d'une inscription sur le titre foncier pour rendre le droit opposable aux tiers. D'autre part l'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'est nullement une cause empêchant les inscriptions d'être prises, si bien que le privilège de la séparation des patrimoines peut être inscrit même après inscription de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

Quant à l'effet de la séparation des patrimoines sur les meubles, la carence totale de la loi territoriale sur ce point, obligera les juges à se référer aux règles de la loi française ; — en conséquence les créanciers ne pourront inquiéter les tiers détenteurs défendus par la règle « en fait de meubles, possession vaut titre » ; — ils ne pourront en outre faire valoir leur privilège au cas où les meubles de la succession se seraient mêlés sans distinction possible avec les meubles des héritiers et au cas où trois ans se seraient écoulés depuis le décès.

On voit encore ici clairement l'application des principes dégagés dans nos explications antérieures.

CONCLUSION

Faisons maintenant l'inventaire des résultats acquis au cours de cette étude :

Nous avons posé dès le début cette règle essentielle de l'existence d'un système de conflits de lois spécifiquement tunisien, applicable par les tribunaux de Tunisie dans n'importe quelle espèce, quelle que soit la nationalité des parties en cause, et qui fait obstacle à l'application des règles de conflits françaises.

L'examen de la coutume, de la jurisprudence, des traités et de la loi écrite nous a conduit à dégager dans ce système la règle de l'application de la loi nationale du *de cuius* aux successions *ab intestat*, étant entendu que s'il s'agit d'un Tunisien, la loi nationale doit se traduire par la loi de la communauté religieuse à laquelle il appartient.

Nous avons essayé de montrer que cette règle, admise d'une manière générale dans la plupart des autres pays, nous paraissait conforme à la raison et ne devait pas s'effacer devant le principe de l'application de la loi territoriale, d'autant plus que cette dernière règle conduirait en Tunisie à faire dépendre des lois religieuses les successions *ab intestat* laissées par des Européens.

Cette loi nationale doit s'appliquer dans tous les cas, sans qu'il y ait lieu de considérer les règles de conflits de lois

de la nation dont dépend le *de cuius* ; — en d'autres termes il n'y a pas lieu d'accepter le renvoi, mais seulement de faire application de la loi nationale interne.

En outre le respect de cette loi nationale s'impose si fortement aux tribunaux français de Tunisie qu'il ne peut s'agir d'en repousser l'application sous prétexte qu'elle serait contraire à l'ordre public français ; — il faut régler la succession suivant cette loi nationale, sauf dans les cas extrêmement rares où elle porterait atteinte à l'ordre public tunisien.

Nous avons pu nous rendre compte en passant en revue les institutions du Droit successoral de l'extrême importance de la qualification des institutions ; — le premier travail à accomplir quand on se trouve en présence d'un problème concret de Droit international privé est de diviser les difficultés en séparant soigneusement les diverses institutions auxquelles se réfère ce problème. Suivant le mot de M. Bartin (*Principes de Droit international privé*, t. I, préface) : « Le Droit international privé n'est que la classification des institutions civiles fixée par les conséquences internationales différentes de chacune d'elles. »

Ainsi il faut avant tout classer, car seul ce classement permettra le fonctionnement des règles de Droit international privé ; — or, pour classer, il faut qualifier l'institution. Cette qualification nous l'avons vu, dépendra de la loi tunisienne quand ce sera possible, sinon de la loi française, loi du juge saisi, loi de complément.

L'analyse de l'espèce, la discrimination, la qualification des institutions permettra de faire application de la loi nationale du *de cuius* pour les seules institutions relevant du Droit successoral et de principes différents pour les autres institutions, comme celles relevant de la capacité,

du régime des biens ou des conventions matrimoniales.

Ainsi l'examen de toute question comportant un caractère d'extranéité exigera, et nous avons pu nous rendre compte, de ce travail en étudiant les diverses institutions du droit international :

1° La distinction des institutions mises en jeu par l'espèce ;

2° La classification de chaque institution dans un compartiment déterminé du Droit suivant sa nature et son but ;

3° La recherche de la règle de conflits de lois tunisienne correspondant à chacune de ces institutions ;

4° L'application pour chacune de ces institutions de la loi interne désignée par la règle ainsi déterminée.

Pour la question traitée dans le présent ouvrage nous avons abouti à l'existence d'une règle certaine à savoir l'application de la loi nationale du *de cujus*, ce qui rend relativement facile la troisième partie de la tâche à savoir la détermination de la règle de conflit quand il s'agit d'une affaire successorale ; — je dis relativement en raison de l'enchevêtrement d'institutions que présentent la plupart des espèces et qui exige un délicat travail d'analyse et d'isolement des dites institutions.

Mais pour nombre de questions, il est beaucoup moins aisé de trouver la règle de conflits, ainsi la question des **contrats des conventions matrimoniales**, etc.

C'est pourquoi, outre le travail de la doctrine, toujours nécessaire, toujours puissamment utile, une codification paraît s'imposer.

On a souvent dit que la codification, en fixant les solutions, arrêtaient l'évolution du Droit ; — en réalité elle permet surtout, lorsque le législateur a le souci principal de refléter les coutumes, après les avoir longuement étudiées, et non

de les modifier, de faire le point, de déterminer quelles sont les règles appliquées jusqu'alors et de les préciser.

Cette mise au point, cet enregistrement des résultats acquis, loin d'empêcher l'essor du Droit, constituent au contraire les jalons solides qui en permettent un plus complet et plus parfait développement.

Il nous paraît, par conséquent, profondément souhaitable que le législateur tunisien en s'aidant de travaux de la doctrine, élabore et édicte un Code de droit international privé applicable à la Tunisie, qui ne devra pas innover, mais seulement réunir, exprimer et fixer dans le détail les règles de conflits existant actuellement dans la coutume et d'une manière plus ou moins directe et explicite dans la jurisprudence et les textes.

VU :

Le Président de la these,
H. LÉVY-ULLMANN

VU :

Le Doyen :
E. ALLIX.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — *Droit civil français*, réédition Bartin, Paris, 1922.
- BARTIN. — *Cours de Droit international privé*, professé en 1927-1928 à la Faculté de Droit de Paris.
- *Principes de Droit international privé*, suivant la loi et la jurisprudence françaises (t. I et II), Paris, 1930-1932.
- BERGE. — *La Juridiction française en Tunisie*, Paris, 1895.
- BISMUT (V.). — *Essai sur la dualité législative et judiciaire en Tunisie*, thèse Dijon, 1922.
- BOMPARD. — *Législation de la Tunisie*, Paris, 1888.
- CAMBON (Paul). — *La propriété foncière en Tunisie*, Tunis 1886.
- CHAUVEAU (P.). — *Le conflit des lois dans l'Afrique du Nord*. Note publiée à la Revue Algérienne, 1928, I, pp. 45-52.
- CHALOM (J.). — *Les Israelites de Tunisie*, Paris, 1908.
- COHEN SOLAL (A.). — *L'application des lois françaises en Tunisie*, Tunis, 1934.
- COLIN et CAPITANT. — *Droit civil français* (3 tomes), Paris, 1923.
- D'ESTOURNELLES DE CONSTANT. — *La politique française en Tunisie*, Paris, 1891. El Bokhari. — *Les traditions islamiques*, Paris, 1903-1908.
- FERAUD-GIRAUD. — *De la Juridiction française dans les échelles du Levant et de Barbarie*, 1866.
- FITOUSSI et BENAZET. — *L'Etat tunisien et le Protectorat français*, Paris, 1931.
- GAUDIANI et THIAUCOURT. — *La Tunisie*, Paris, 1910.
- GUIGA BAHRI. — *Essai sur l'évolution du Charaa*, Thèse, Paris, 1930.
- KHALL. — *Code musulman, rite Malekite*, Alger, 1909.
- LABBÉ (E.-H.). — Articles et notes publiés dans la *Revue Algérienne et le Berge*.
- LAGRANGE et FONTANA. — *Codes et Lois de la Tunisie*, Tunis, 1912-1920.
- LARCHER et RECTENWALD. — *Traité élémentaire de législation algérienne*, Paris, 1923.
- LESCURE (P.). — *Du double régime foncier de la Tunisie*, Tunis, 1900.

- LÉVY-ULLMANN (H.). — *Eléments d'introduction générale à l'étude des Sciences juridiques*, I, la définition du Droit, Paris, 1917.
- *Cours de Droit international privé*. Doctorat professé en 1933-1934 à la Faculté de Droit de Paris sur le Code Bustamante.
- *Cours de Droit international privé*, professé en 1934-1935 à la Faculté de Droit de Paris sur la Doctrine universaliste en Droit international privé.
- *Cours de Droit international privé* (Licence), professé en 1934-1935 à la Faculté de Droit de Paris.
- MAUNIER (R.). — *Loi française et coutume indigène en Algérie*, Paris, 1932. *Mélanges*, Antoine Pillet, Paris, 1924.
- MORAND (M.). — *Etudes de Droit musulman algérien*, Alger, 1910.
- NIBOYET (J.-P.). — *Précis de Droit international privé*, Paris, 1928.
- NIBOYET et GOULÉ. — *Textes usuels de Droit international privé*.
- PIC (P.). — *Influences de l'établissement d'un Protectorat sur les traités antérieurement conclus avec des puissances tierces par l'Etat protégé*. *Revue générale de Droit international public*, 1896, t. III, p. 613 à 647.
- PIETRI (F.). — *Etude critique de la fiction d'exterritorialité* (Thèse, Paris, 1895).
- PILLET et NIBOYET. — *Manuel de Droit international privé*, 1^{re} éd., Paris, 1924 ; 2^e éd. par J.-P. Niboyet, 1928.
- PILLET. — *De l'ordre public en Droit international privé*. *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, 1890, t. II, p. 94 et suiv.
- PLANIOU et RIPERT. — *Traité pratique de Droit civil français*, Paris, 1920-1929.
- RECTENWALD. — Articles et notes publiés dans la *Revue Algérienne*.
- ROUSSEAU (A.). — *Annales tunisiennes ou aperçus historiques sur la Régence de Tunis*, Alger, 1864.
- SAADA (R.). — *Essai sur l'œuvre de la justice française en Tunisie*, Thèse, Paris, 1928.
- SAUTAYRA et CHARBONNEAU. — *Droit musulman*, Paris, 1873-1874.
- SAUTAYRA et CHARLEVILLE. — *Code rabbinique*.
- SCÉMAMA (A.). — *Influence du mariage sur la nationalité tunisienne*. Thèse, Paris, 1931.
- SCÉMAMA (R.). — *Essai sur les conflits de lois en Tunisie en matière de droit de famille*, Paris, 1930.
- SCÉMLA (A.). — *L'Enzel*. Thèse, Paris, 1935.
- SORBIER DE POUGNADORESSÉ. — *La justice française en Tunisie*, Paris, 1897.
- SOULMAGNON (G.). — *La loi tunisienne du 1^{er} juillet 1885 sur la propriété immobilière et le régime des livres fonciers*, Paris, 1933.
- TIBI (S.). — *Le statut personnel des Israélites*, Tunis, 1923.
- WEISS. — *Droit international privé*, Paris, 1925.
- ZEYS. — *Code annoté de la Tunisie*, Nancy, 1901.

PUBLICATIONS

Journal Officiel Tunisien.

Journal Officiel de la République française.

Journal des Tribunaux de la Tunisie ou Berge.

Echo des Tribunaux.

Revue Algérienne.

DALLOZ. — *Jurisprudence générale.*

Gazette du Palais.

Recueil Sirey.

Revue générale de Droit international public.

Revue de Droit international privé.

Revue critique de Droit international.

Revue internationale de législation et de jurisprudence musulmanes.

Journal du Droit international privé (CLUNET).

Tables centennaires de jurisprudence nord-africaine.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.	1
-----------------------	---

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Section I. — Loi applicable rationnellement aux successions <i>ab intestat</i>	5
Section II. — Règles de conflits de lois françaises en matière de successions <i>ab intestat</i>	12

PREMIÈRE PARTIE

ÉLÉMENTS DU MILIEU TUNISIEN

QUI DONNENT AU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EN TUNISIE SON CARACTÈRE PROPRE

CHAPITRE I. — Maintien de la souveraineté tunisienne	19
CHAPITRE II. — Les tribunaux français de Tunisie	29
CHAPITRE III. — Les communautés religieuses de Tunisie.	40

DEUXIÈME PARTIE

LES PRINCIPES

CHAPITRE I. — Source des solutions de conflits de lois en matière de successions « <i>ab intestat</i> » en Tunisie.	51
CHAPITRE II. — Théorie du renvoi en Tunisie.	63
CHAPITRE III. — Théorie de l'ordre public en Tunisie.	78
CHAPITRE IV. — Théorie des qualifications en Tunisie.	95

TROISIÈME PARTIE

APPLICATION DES PRINCIPES DÉGAGÉS CI-DESSUS DANS LES DIVERSES PARTIES DU DROIT SUCCESSORAL

CHAPITRE I. — Dévolution de la succession	105
Section I. — Vocation héréditaire	105
Section II. — Qualités requises pour succéder.	116

CHAPITRE II. — Transmission de la succession.	121
Section I. — La saisine	121
Section II. — Option de l'héritier.	124
CHAPITRE III. — Liquidation et partage de la succession	130
Section I. — Droit de demander le partage.	130
Capacité requises pour le partage.	130
Formes du partage.	130
Section II. — Effets du partage	137
Section III. — Obligation aux dettes successorales	145
Section IV. — Retrait successoral.	148
Section V. — Séparation des patrimoines.	154
CONCLUSION	162
BIBLIOGRAPHIE	167

IMPRIMERIE
HÉRISSEY
:: ÉVREUX ::